

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

**IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A
RESPONSABILIDADE POR DANOS**

Curitiba

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

**IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A
RESPONSABILIDADE POR DANOS**

Curitiba

2013

FROTA, PABLO MALHEIROS DA CUNHA.
A IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A RESPONSABILIDADE POR
DANOS. PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA - CURITIBA, 2013.
F.
ORIENTADOR: LUIZ EDSON FACHIN.
TESE (DOUTORADO). UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ.
FACULDADE DE DIREITO
1. RESPONSABILIDADE CIVIL E DE CONSUMO. 2. NEXO CAUSAL. I.
TÍTULO.
CDU- XXX.XX/XX

Pablo Malheiros da Cunha Frota

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

**IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A
RESPONSABILIDADE POR DANOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção
do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Titular Luiz Edson Fachin.

Curitiba

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A RESPONSABILIDADE POR DANOS

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: PROF. TITULAR LUIZ EDSON FACHIN (UFPR)

Examinadores:

PROF. TITULAR JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL (UFPR)

PROF. TITULAR PAULO LUIZ NETTO LÔBO (UFPE)

PROF. TITULAR GUSTAVO MENDES JOSÉ TEPEDINO (UERJ)

PROF. TITULAR FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO (UFRJ)

CURITIBA, 5 DE JULHO DE 2013

Dedico o presente trabalho às famílias Malheiros, Cunha Frota e Bezerra Rocha, representados por Kelly, Isabella, Isadora, Linda, Telca, Tony, Tarso Frota, Tarso Frota Júnior e Jesa, com uma dedicatória especial àquele que foi um exemplo de retidão moral, que me apoiou em meus projetos pessoais e profissionais, bem como me inspirou e me ensinou a trilhar o caminho ético do Direito, o meu avô materno **Domingos Rodrigues Malheiros** (*in memoriam*).

AGRADECIMENTO

Ao término desta tese, muitos agradecimentos são devidos.

Ao Professor Luiz Edson Fachin, meu orientador, mestre inspirador, conselheiro, professor, amigo, entre outros adjetivos impossíveis de ser explicitados em um agradecimento.

Aos Professores Paulo Luiz Netto Lôbo, pelo meu ingresso no grupo “Constitucionalização do Direito Privado” grupo de pesquisa, assim como por me ensinar, ajudar, orientar e me acompanhar desde o início do ano de 2006, quando fui seu aluno ouvinte no curso de mestrado e de doutorado na UnB; Gustavo Tepedino, pela aceitação para que eu cursasse uma disciplina na UERJ, bem como pelo auxílio aos meus escritos desde o ano de 2003, quando ainda era um aluno da graduação em Brasília; Francisco Amaral, pela amizade, pelo carinho e pela influência de suas obras em minha vida.

Aos amigos e professores de Pós-Graduação da UFPR, da UFPE e de outras instituições; aos membros da Diretoria do Centro de Estudos Jurídicos da UFPR (CEJUR) da gestão “Direito Vivente” e aos companheiros de Pós-Graduação de todo o Brasil, que pude conhecer em razão da participação nas reuniões do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI), dos Grupos de Pesquisa “Virada de Copérnico” e “Constitucionalização do Direito Privado”, bem como do UNICEUB: Fabio Maia, Francisco Rocha, Beclaute Oliveira, Fernando Andreoni, Gustavo Siqueira, José Arthur Macedo, Luciana Pedroso, Luis Fernando Sgarbossa, Fernanda Karam, Máira Neiva, Marcelo Conrado, Marília Pedroso, Priscila Plachá, Miguel Gualano de Godoy, Ilton Norberto Robl Filho, Fredie Didier Júnior, Christiano Cassetari, Rodrigo Kanayama, Rogério Monteiro, José Barros, Maria Rita, Luciana Brasileiro, Everilda Brandão, Vladimir Oliveira, Venceslau Tavares, Gustavo Andrade, Paula Greco, Pedro Marcos, Milena Donato Oliva, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Giselda Hironaka, Luis Emílio, José Velloso, Roberto Freitas Filho, Luciana Musse, Danilo Porfírio, Paulo Palhares, Mario Delgado, Rodrigo Toscano, Wladimir Alcebíades, Vera Fradera, Anderson Schreiber, Fernanda Nunes, Ana Clara Alves, Gustavo Pereira, Gabriel Schulman, Glenda Gondim, Ricardo Weber, Rafael Peteffi,

Rogério Donnini, Arruda Alvim, Luiz Fernando Coelho, Teresa Alvim, Sandro Kozikoski, Zeno Velloso, João Paulo Santos, Dimitri Graco, entre outros.

Agradecimento especial ao amigo Ricardo Calderón, por ter me acolhido em sua morada durante parte do doutoramento e por todo o apoio; bem como aos amigos Marília Xavier, Luciana Xavier, William Pugliese, Carlos Pianovski, Paulo Nalin, Eroulths Cortiano Júnior, Marcelo Conrado e Ilton Robl Filho, por fazerem de Curitiba um dos lugares mais aconchegantes que já conheci.

Agradecimento especial aos companheiros de sempre: Lucas Abreu Barroso, Marcos Catalan, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Marco Aurélio Marrafon, Isabela Marrafon, Marcos Ehrhardt Júnior, Larissa Leal, Fabíola Albuquerque, Ricardo Aronne, Roberto Paulino e Catarina Oliveira.

Aos Professores da UFPR José Antonio Peres Gediel, Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Vera Karam de Chueri, Cesar Serbena, Rodrigo Xavier Leonardo, Paulo Nalin, Maria Cândida Kroetz, Ana Carla Harmatiuk, Eroulths Cortiano Jr. e Luis Fernando Lopes, Abili Lázaro, Jacinto Coutinho, Aldacy Coutinho, Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Fonseca, agradeço pelos debates e pelos ensinamentos nas aulas e nas atividades do Programa de Doutorado.

Aos funcionários da Pós-Graduação e à Coordenação do PPGD/UFPR: Ana Maria Cristofolini, Fátima Cristiana Becker Teixeira Paim, Laura da Silva, Luiz Antonio Guimarães de Rezende, Maria Cecília Barbosa Lopes, Mauro Eduardo Soares de Oliveira, Rosana Soldi Briski da Silva e Sandra Mara Pinheiro Maciel, pelos valiosos serviços prestados.

Aos alunos do grupo de pesquisa e de extensão denominado “Direito Civil Constitucional Prospectivo” e aos advogados e ex-alunos José Pedro Brito da Costa e Hortensia Monte Vicente Medina, por todo o apoio, sempre.

Ao Escritório Caputo, Bastos e Serra Advogados, pela compreensão durante esses anos de doutoramento, pelo incessante apoio para a consecução do meu sonho acadêmico, em nome de Terence, Luis, Gustavo, Francisco, Miguel, Ademir, Cecília, Rodrigo, Vanessa e Mosiah. Agradecimento especialíssimo ao amigo-irmão Ramiro Freitas de Alencar Barroso, à Débora Carvalho e a sua família, pois sem a sua ajuda no escritório nada disso seria possível.

Agradeço ao IDA pela recente acolhida no ano de 2013, principalmente a Luiz Carlos Bettiol, José Dutra e André Bundchen. Aos amigos de Brasília, pela presença mesmo na minha ausência. Ao meu revisor Sidney Wanderley, por tudo.

“SAIR DA CLAUSURA DOS SABERES POSTOS À REPRODUÇÃO E IR ALÉM DAS RESTRIÇÕES QUE O MOLDE DEFORMA. A PRODUÇÃO DAS REGRAS DE DIREITO COMO ATO DE NASCIMENTO DA VIDA E NÃO CERTIDÃO DE ÓBITO A SER ESTAMPADA NO MUSEU DAS PRAXES.”

LUIZ EDSON FACHIN

“MAS EU SEI CADA VEZ MAIS QUE O ÚNICO CONHECIMENTO VÁLIDO É O QUE SE ALIMENTA DE INCERTEZA E QUE O ÚNICO PENSAMENTO QUE VIVE É O QUE SE MANTÉM NA TEMPERATURA DE SUA PRÓPRIA DESTRUIÇÃO.”

EDGAR MORIN

"VER DIFERENTE É A CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA CONTINUAR A VER"

GASTON BACHELARD

“HOJE, OS JURISTAS SÃO UMAS FIGURAS TRISTES, OS SERVENTUÁRIOS DO PODER QUE LHES PAGA. ELES NÃO TÊM A CAPACIDADE, MUITO MENOS A CORAGEM, DE FALAR EM NOME DO DIREITO, SERVEM EM NOME DOS INTERESSES. MAS, OS JURISTAS, SE TIVEREM A CORAGEM DE EVOCAR O DIREITO, PARA ALÉM DESTES INTERESSES, TÊM UMA GRANDE RESPONSABILIDADE E UM GRANDE PAPEL SOCIAL”.

ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES

RESUMO

FROTA, PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA. A IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A RESPONSABILIDADE POR DANOS. TESE (DOUTORADO EM DIREITO) – FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, CURITIBA, 2013.

A tese mostra as vantagens de uma transição da responsabilidade civil e do consumidor para uma responsabilidade por danos. Essa travessia tem por *leitmotiv* a revisão e a desconstrução das premissas que embasam as teorias do nexo causal, as flexibilizações deste e as hipóteses de afastamento total ou parcial de responsabilidade, como o fato da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou de força maior, quais sejam: previsibilidade, probabilidade estatística e lógica, inevitabilidade e externidade. Essas proposições colocam à margem diversas situações em que a vítima, mesmo sem ter contribuído para o evento danoso, fica desamparada de qualquer tipo de reparação pelo dano, bem como se revela tímida a concretização dos princípios da precaução e da prevenção. O enfrentamento deste problema demandou a comprovação da hipótese de pesquisa lançada, com a reconstrução da ideia de causalidade jurídica, que possibilita imputar a alguém a responsabilidade por danos na ambiência civil e consumerista em diversas hipóteses antes margeadas pelo direito civil e do consumidor pátrio. Essa reconstrução é denominada de formação da circunstância danosa e admite a coligação e (ou) a correlação entre fatores naturais e (ou) condutas omissas e comissivas de sujeitos de direito que contribuíram para a ocorrência do dano, bem como permite a imputação de responsabilidade a alguém pelo evento danoso. A formação da circunstância danosa abrange, na perspectiva da causalidade, a inserção dos elementos incerteza, complexidade e probabilidade, com a imputação da responsabilidade sendo verificada por meio dos fatores: (i) subjetivo (culpa e dolo, para quem ainda admite alguma função da culpa e do dolo no âmbito da responsabilidade por danos); (ii) objetivo (equidade, risco e garantia); (iii) sacrifício (fatos jurídicos lícitos ensejadores de responsabilização, de prevenção, de precaução e de reparação de danos), assim como pelo (iv) domínio ou poder fático, econômico, social, jurídico, entre outros, da atividade (habitual ou não) desenvolvida pelo agente responsável ou por outro garante da precaução, da prevenção e da reparação do dano. Possibilita que externidades correlatas e coligadas à atividade e (ou) ao responsável não mais ensejem a interrupção da causalidade e (ou) a ausência de responsabilidade pelo dever de reparar, exceto nos reduzidos casos de exclusão total ou parcial de responsabilidade do agente, pois a vítima não pode ser punida por danos que não contribuiu para sofrê-los. A formação da circunstância danosa foi erigida com base em uma metodologia civil constitucional crítico-prospectiva, o que possibilitou enxergar a alteridade como pressuposto ético e a justiça social como fim a ser atingido em cada caso concreto, por meio da mencionada construção teórica. Ratifica-se, portanto, a priorização da vítima, projetando-se o exercício de direitos e de deveres de forma responsiva pelos sujeitos de direito, valorizando-se a precaução, a prevenção e uma adequada reparação de danos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil e Consumerista. Vítima. Causalidade. Imputação. Previsibilidade. Probabilidade. Excludente. Formação da Circunstância Danosa. Incerteza. Complexidade. Atividade. Precaução. Prevenção. Reparação. Alteridade. Justiça Social.

ABSTRACT

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha Frota. The imputation without causation and the liability for damages. Thesis (Doctorate in Law) – School of Law, Federal University of Paraná state, Curitiba, 2013.

The thesis shows the advantage of a transition from civil and consumer liability to a liability for damages. This crossing has as the *leitmotif* the review and deconstruction of assumptions that support the theories of causation, the flexibility of the latter and the possibility of total or partial removal of responsibility, as the fact of the victim, the fact of the third party and the unforeseeable circumstances or force majeure, namely: predictability, statistical and logic probability, inevitability and externality. These propositions put on the sidelines various situations in which the victim, even without having contributed to the damaging event, is helpless in any type of redress for damage, as well as the achievement of the principles of precaution and prevention turn out to be timid. Facing this problem required proof of the research hypothesis, with the idea of legal causation, which makes possible to impute to someone the responsibility for damage in civil and consumer environment in various hypotheses previously bordered by the national consumer and civil law. This reconstruction is called formation of harmful circumstances and admits the coalition and (or) the correlation between natural factors and (or) oversight and action of subjects of law that contributed to the occurrence of the damage, as well as allows imputing responsibility to someone for the damaging event. The formation of harmful circumstances covers, in terms of causation, the insertion of the elements, uncertainty, complexity and probability with the imputation of responsibility being checked through the factors: (i) subjective (guilt and deceit, for those who still admit some function of fault and willful misconduct within the liability for damages); (ii) objective (equity, risk and guarantee); (iii) sacrifice (lawful legal facts resulting in accountability, prevention, precaution and redress of damage), as well as by (iv) domain or factual, economic, social, legal power, among others, of the activity (usual or not) developed by the responsible agent or another guarantor of precaution, prevention and redress of the damage. It is possible that the correlated and linked externalities to the activity and (or) to the responsible no more result in the interruption of causality and (or) the absence of liability for duty to redress, except in limited cases of total or partial exclusion of liability of the agent, because the victim cannot be punished for damage that he has not contributed to have undergone. The formation of harmful circumstance was built based on a civil constitutional critical-prospective methodology, making it possible to see the alterity as ethical and social justice assumption intended to be achieved in each concrete case, by means of the mentioned theoretical construction. Therefore, it ratifies the prioritization of victim, extending the exercise of rights and duties in a responsive manner by subjects of law, valuing the precaution, prevention and proper redress of damage.

Key words: Civil and consumer responsibility. Victim. Causality. Imputation. Predictability. Probability. Excluding. Formation of harmful circumstances. Uncertainty. Complexity. Activity. Precaution. Prevention. Redress. Alterity. Social Justice.

RIASSUNTO

FROTA, PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA. IMPUTAZIONE SENZA NESSO DI CAUSALITÀ E RESPONSABILITÀ PER DANNI. TESI (DOTTORE IN LEGGE) - LAW SCHOOL, UNIVERSITÀ FEDERALE DEL PARANÁ, CURITIBA, 2013.

La tesi presenta i vantaggi di una transizione dalla responsabilità civile e del consumatore ad una responsabilità per i danni. Questo passaggio ha come *leitmotiv* la revisione e la decostruzione delle premesse che sono alla base delle teorie del nesso causale, le flessibilità di esso e le ipotesi di allontanamento totale o parziale di responsabilità, come il fatto della vittima, il fatto dei terzi e il caso fortuito oppure di forza maggiore, che sono: la prevedibilità, probabilità statistica e logica, inevitabilità e esternalità. Queste proposizioni mettono in disparte diverse situazioni in cui la vittima, anche senza aver contribuito all'evento dannoso, resta impotente ad ogni tipo di riparazione del danno, e rivela anche la timida concretizzazione dei principi della precauzione e della prevenzione. Affrontare questo problema ha richiesto la conferma della ipotesi di ricerca lanciata, con la ricostruzione del concetto di causalità giuridica, che permette di imputare a qualcuno la responsabilità per i danni in ambiente civile e dei consumatori sulle diverse ipotesi prima a margine del diritto civile e del consumatore patrio. Questa ricostruzione è chiamata la formazione della situazione dannosa e ammette la coalizione e (o) la correlazione tra fattori naturali e (o) condotte omissive e commissive di soggetti di diritto che hanno contribuito al verificarsi del danno, nonché consente l'attribuzione della responsabilità a qualcuno dall'evento dannoso. La formazione della circostanza dannosa comprende, nella prospettiva della causalità, l'inserzione degli elementi incertezza, complessità e probabilità, con l'attribuzione della responsabilità essendo verificata attraverso i fattori: (i) soggettivo (colpa e dolo, per chi ammette ancora qualche funzione della colpa e del dolo nell'ambito della responsabilità per i danni), (ii) oggettivo (equità, rischio e garanzia), (iii) sacrificio (fatti giuridici leciti che richiedono responsabilità, prevenzione, la cura e la riparazione dei danni), nonché dal (iv) dominio o potere fattuale, economico, sociale, giuridico, tra gli altri, dell'attività (abituale o meno) sviluppata dall'agente responsabile o da altro garante della precauzione, della prevenzione e della riparazione del danno. Consente che esternalità connesse e associate all'attività e (o) al responsabile non più richiedano l'interruzione della causalità e (o) l'assenza di responsabilità per il dovere di riparare, tranne nei ridotti casi di esclusione totale o parziale della responsabilità dell'agente, in quanto la vittima non può essere punita per i danni che non ha contribuito a subirla. La formazione della circostanza dannosa fu eretta fondata su una metodologia civile costituzionale critico-prospettica, che ha permesso di vedere la alterità come presupposto etico e la giustizia sociale come un fine da raggiungere in ogni caso concreto, per mezzo della menzionata costruzione teorica. Si ratifica, quindi, la prioritizzazione della vittima, proiettandosi l'esercizio dei diritti e dei doveri di forma così rispondente da parte dei soggetti di diritto, valorizzandosi la precauzione, la prevenzione e un adeguato risarcimento dei danni.

Parole chiave: Responsabilità Civile e Consumerista. Vittima. Causalità. Imputazione. Prevedibilità. Probabilità. Escludente. Formazione della Circostanza Dannosa. Incertezza. Complessità. Attività. Precauzione. Riparazione. Alterità. Giustizia Sociale.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

art. por artigo

arts. por artigos

Cf. por confronto ou confira

Ex. por exemplo

Id. por idem

Ibid. por ibidem

Ibid. igual ao anterior.

n. ou Nº por número

Obs. por observação

SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AED – Análise Econômica do Direito

AG – Agravo de Instrumento

AgRgARESP – Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial

AI – Agravo de Instrumento

CC – 02, CC, CC/02 e NCC – Código Civil de 2002 ou Novo Código Civil

CC/16– Código Civil de 1916

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CJF – Conselho da Justiça Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

Des^a. – Desembargadora

DJ – Diário de Justiça

DJ-e – Diário de Justiça Eletrônico

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

J. – Julgado

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

Rel.^a – Relatora

RESP – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UFPR – Universidade Federal do Paraná

LISTA DE SÍMBOLOS

+ mais (sinal de adição)

= igual (sinal de igualdade)

§ parágrafo

(...) supressão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
PARTE I.....	25
REVISÃO DOS FUNDAMENTOS ATUAIS DO CONTROLE DAS CAUSAS E DOS EFEITOS PELO DIREITO CIVIL E CONSUMERISTA BRASILEIROS	25
1. O PAPEL DA CAUSALIDADE NO DIREITO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CONSUMERISTA	27
1.1 O NEXO CAUSAL COMO ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMERISTA: ENTRE PREVISIBILIDADE E PROBABILIDADE.....	28
1.2 TEORIAS SOBRE O NEXO CAUSAL: AINDA A PREVISIBILIDADE E A PROBABILIDADE	56
1.3 A DUPLA FUNÇÃO DO NEXO CAUSAL: EXTENSÃO SOCIAL E DEMARCAÇÃO DO RESPONSÁVEL	100
2. A CAUSALIDADE VISTA PELOS PRISMAS VIRTUAL, ALTERNATIVO, COMPARTILHADO, INTERRUPTIVO E PRESUNTIVO: FATORES PARA A IMPUTAÇÃO (OU NÃO) DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMERISTA	105
2.1 FATORES FÁTICO-JURÍDICOS COMPARTILHADORES E OBSTATIVOS DA CAUSALIDADE JURÍDICA: CONCAUSALIDADES, AS INTERRUPÇÕES E A INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL << FATO DA VÍTIMA, FATO DE TERCEIRO E CASO FORTUITO E DE FORÇA MAIOR >>	107
2.2 CAUSALIDADE VIRTUAL E A CAUSALIDADE ALTERNATIVA: PRIMEIRO PASSO PARA A EROÇÃO DAS TEORIAS DO NEXO CAUSAL	148
2.3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA APLICADA À RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMERISTA: O RISCO CRIADO E O RISCO AGRAVADO	173
2.4 A INTENSIFICAÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRESUNÇÕES DE CAUSALIDADE: SEGUNDO PASSO PARA UMA ANÁLISE DÚCTIL DA CAUSALIDADE JURÍDICA	182
PARTE II	194
A CONSTRUÇÃO DA CATEGORIA JURÍDICO-NORMATIVA DA IMPUTAÇÃO SEM NEXO DE CAUSALIDADE: A FORMAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DANOSA COMO UM ELEMENTO CONSTITUTIVO DA TRAVESSIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA A RESPONSABILIDADE POR DANOS	194
3. A FORMAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DANOSA COMO UM ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS: ALTERIDADE E JUSTIÇA SOCIAL COMO PRESSUPOSTO ÉTICO-JURÍDICO E FINALIDADE PARA A PRIORITÁRIA TUTELA DA VÍTIMA.....	196
3.1 A RESPONSABILIDADE POR DANOS: O POTENCIAL, O CONCRETO E A VÍTIMA.....	198
3.2 DA ÉTICA DA LIBERDADE À ÉTICA DA ALTERIDADE: A LIBERDADE ÉTICA COMO FATOR VALORATIVO DA CATEGORIA JURÍDICO-NORMATIVA FORMAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DANOSA E A JUSTIÇA SOCIAL COMO OBJETIVO A SER ATINGIDO COM A PROTEÇÃO DA VÍTIMA	216
3.3 O TEMPO DA CAUSALIDADE E A FORMAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DANOSAS: CRITÉRIOS, LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADES COM BASE NA CAUSALIDADE COMPLEXA	243
CONCLUSÃO	255
REFERÊNCIAS.....	261

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se circunscreve ao direito civil e ao direito do consumidor, permitindo-se, de modo parcial e existencialmente aberto e incompleto, aclarar alguns dos sentidos que as finalidades contemporâneas de ambas as disciplinas assumem sobre o assunto abordado no trabalho, como a tutela do sujeito de direito concreto, a partir de um viés fulcrado na repersonalização do Direito.

A delimitação temática, na área de conhecimento eleita, volta-se para a responsabilidade civil e do consumidor, com a projeção a uma possível transição para a responsabilidade por danos, visualizada a partir da ideia de “imputação sem nexo causal na responsabilidade por danos”. O título da pesquisa implica uma descrição, desconstrução e reconstrução do sentido de causalidade e de imputação, cujos fios condutores para esta empreitada serão os significantes *probabilidade*, *complexidade* e *incerteza*, para a aferição da causalidade jurídica entre o evento danoso e o dano; e os termos *domínio da atividade*, *correlação* e *coligação* dos eventos danosos à atividade ou ao responsável pela reparação do dano, inseridos nos fatores de imputação de responsabilidade. Esses termos trazem consigo as características necessárias à vinculação entre fato(s) danoso(s) e dano(s), com a consequente imputação de responsabilidades a quem de direito; com isso, majorar-se-ão as possibilidades de precaução, de prevenção e de reparação de danos na sociedade vigente.

Ressalte-se que a construção teórica a ser realizada nesta tese não busca exaurir a explicação sobre o fenômeno fático-jurídico investigado, até porque nenhum constructo desse viés pode pretender esgotar a temática tratada, por ser a descrição da realidade sempre parcial, provisória e precária. Depende-se, ainda, de que o interlocutor acolha as premissas lançadas, para que o diálogo seja propício.

Feitas as ressalvas acima, a investigação empreendida neste estudo terá um caráter dialógico, crítico e valorativo, com a crítica ao estado da arte da temática inquirida baseando-se na alteridade, para se atingir a tutela da vítima por meio da efetivação da justiça social. A alteridade voltada para o respeito pelo Outro em todas as fases de realização da atividade jurídica civil e consumerista, habitual (ou não). A justiça social na efetiva explicitação e resolução da desigualdade real em cada caso concreto, com um transbordamento, mesmo que parcial, para outras situações, ante o

caráter irrepetível da faticidade desta solução para outras futuras. Essas nuances promovem um contínuo repensar das premissas, das problematizações e das conclusões hauridas da pesquisa desenvolvida, a fim de manter ininterrupto o diálogo científico.

As informações acima demandam uma explicitação das opções jurídicas e filosóficas do pesquisador, a afastar a linha argumentativa de tipo *modus-tollens*, na qual se eliminam argumentos de forma arbitrária. Esse cuidado é necessário em homenagem ao diálogo que se faz premente sobre a temática tratada na tese, haja vista que o objetivo primordial desta pesquisa é apresentar um instrumento técnico-teórico “formação da circunstância danosa” que, na prática, possa, juntamente com outros meios não abarcados nesta investigação, conferir uma adequada tutela à vítima que sofre danos potenciais e concretos diuturnamente no Brasil. Almeja-se, portanto, com esta introdução apresentar, *quantum satis*, os elementos acadêmicos necessários à construção de um trabalho de tal envergadura, jamais olvidando que o sentido e o alcance de uma tese de doutoramento são: (i) desvelar o pretérito; (ii) colaborar com o presente; (iii) erigir perspectivas para o porvir (Fachin, 2011, p. vii).

A primeira explicitação a ser delineada é do indiscutível reflexo produzido pelas pesquisas jurídicas de qualquer espécie na *práxis*, a afastar uma suposta dicotomia entre “teoria” e “prática”. Isso porque o Direito é complexo, social, dogmático e zetético, a justificar pesquisas que reflitam sobre os reclames advindos da faticidade jurídica, “sujeitando-se os conceitos à realidade e não a realidade aos conceitos” (Pianovski Ruzyk, 2012, p. xxi), como se perceberá no *iter* desta investigação.

A segunda explicitação a ser feita dirige-se ao aspecto histórico-social pertinente ao estudo empreendido na tese: os períodos moderno e contemporâneo. Ambos influenciaram a responsabilidade civil, a consumerista e a responsabilidade por danos, realizando-se um corte temporal no período moderno, cujo início será o constructo extraído das codificações oitocentistas, especialmente a francesa de 1804, perpassando pelos movimentos sociais que notabilizaram os anos 50/60 do século XX, fase em que se percebe uma transição gradual para outra construção histórico-social denominada contemporaneidade. Esta açambarca, não sem controvérsias na literatura jurídica, social e filosófica, um diverso modelo social contabilizador de um sem-número de designações, como pós-moderno, capitalismo tardio, hiperconsumo,

transmoderno, entre outras acepções, com características diversas daquele período dito moderno.

Decidiu-se por esse lapso histórico-social, e em razão dele, representar um significativo momento de enormes alterações na sociedade e no Direito, inclusive no que tange ao problema do nexo causal como um elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil e consumerista valorada pelo critério subjetivo, pelo critério objetivo ou pelo critério do sacrifício, como elucidam a literatura jurídica e a jurisprudência especializada. A importância da temática eleita se mostra irreprochável, mormente em um momento em que se destaca a tutela dos deveres de precaução, de prevenção e de reparação integral, incorporados nos discursos da responsabilidade civil e consumerista brasileiras e no da responsabilidade por danos.

A explicação é necessária pelo fato de os modelos moderno e contemporâneo da responsabilidade civil e consumerista utilizarem pressupostos geradores de determinadas respostas atinentes ao período moderno, mas aplicados em casos concretos contemporâneos, a ensejar um descompasso entre o problema da precaução, da prevenção e da reparação dos danos no Brasil e a resposta apresentada por tais construções, principalmente no que toca à temática da causalidade entre o fato danoso e o dano e a consequente imputação dessa responsabilidade a alguém. Isso porque há uma enunciação corrente que permeia a responsabilidade civil e consumerista pátrias de priorização da vítima em detrimento do lesante, sendo um fundamento válido para o atingimento de tal fim a ética da alteridade, porquanto promove a transcensão do individual para o social, sem, porém, haver uma colonização de um âmbito pelo outro.

Daí emerge o tema-problema-tese: o instrumental técnico-teórico, lastreado nas teorias do nexo causal e na presunção de causalidade, fulcrado na probabilidade lógica e (ou) estatística, é suficiente para promover a alteridade e para concretizar a tutela da vítima ou é um mecanismo que contradiz a alteridade e não efetiva a tutela prioritária da vítima que sofre danos reparáveis?

Para o enfrentamento deste problema, argui-se: é possível imputar a alguém a responsabilidade por danos na ambiência civil e consumerista sem que esteja presente o nexo causal entre o fato danoso e o dano, com amparo na ideia a ser construída nesta pesquisa de formação da circunstância danosa, sem descuidar das questões trazidas pela incerteza, pelo risco e pela complexidade?

Diante disso, existem dois desafios à pesquisa: (i) provar que a tutela prioritária da vítima não é atendida de maneira integral pelo referido instrumental técnico-teórico; (ii) demonstrar que a ideia da formação da circunstância danosa é um critério com melhor aptidão para imputar a responsabilidade ao causador direto do dano ou a outro responsável, independentemente de haver nexo de causalidade ou presunção de causalidade, nos moldes construídos até agora, de determinado fato ser o causador do dano.

Pode-se entender por formação da circunstância danosa a coligação ou a correlação entre fatores naturais, estatais, sociais e (ou) condutas omissas e comissivas de sujeitos de direito que contribuíram para a ocorrência do dano e possibilitam a imputação de responsabilidade a alguém. Até porque a formação da circunstância danosa não pode ser uma ressignificação da teoria da equivalência das condições, principalmente quando se pensa em uma transição da responsabilidade civil e consumerista para a responsabilidade por danos.

Desse modo, a formação da circunstância danosa abrange, na perspectiva da causalidade, a inserção dos elementos incerteza, complexidade e probabilidade, com a imputação da responsabilidade sendo verificada por meio dos fatores: (i) subjetivo (culpa e dolo, para quem ainda admite alguma função da culpa e do dolo no âmbito da responsabilidade por danos); (ii) objetivo (equidade, risco e garantia); (iii) sacrifício (fatos jurídicos lícitos ensejadores de responsabilização, de prevenção, de precaução e de reparação de danos), assim como pelo (iv) domínio ou poder fático, econômico, social, jurídico, entre outros, da atividade (habitual ou não; onerosa ou não) desenvolvida pelo agente responsável, inclusive no que concerne a algumas externidades correlatas e coligadas à atividade, que não ensejarão a interrupção da causalidade e (ou) a ausência de responsabilidade pelo dever de reparar.

Nesse passo, os fatos da vítima, de terceiro e o caso fortuito e de força maior serão mitigados, sendo aferida, em alguns casos, a concorrência de culpa, dolo ou risco para fins de precaução, de prevenção e de reparação à vítima. Com isso, salvo as hipóteses de exclusão total de responsabilidade do agente e de concorrência de culpa, dolo ou risco, a vítima não pode ser punida pelas atividades desenvolvidas pelo agente responsável, a demandar a sua integral reparação.

Enfrentar os aludidos desafios demanda do pesquisador duas missões: a) analisar analiticamente os institutos por meio dos sentidos jurídicos atribuídos à causalidade e à imputação na responsabilidade civil e consumerista e na

responsabilidade por danos, tendo por conectores os critérios de previsibilidade e de probabilidade; b) elaborar uma proposição para colmatar lacuna evidenciada pela possível inadequabilidade dos instrumentos técnico-teóricos utilizados pela responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea a fim de aferir a causalidade entre o fato danoso e o dano, bem como para imputar eventual responsabilidade ao responsável por tal situação, que muitas vezes não é o causador direto do dano. A proposição de formação da circunstância danosa não será esmaecida pela possibilidade de, em algum caso concreto, haver um resultado idêntico ao conferido pelos pressupostos tradicionais de aferição da causalidade geradora de imputação de responsabilidades.

Daí por que se captar em uma proposição de formação da circunstância danosa, quiçá superadora da ideia de causalidade e de imputação tidas como clássicas ou atuais, e reveladora de uma compreensão plural e multifacetada dos direitos e dos deveres que os sujeitos de direito concretos detêm ao praticar qualquer tipo de atividade jurídica em sociedade.

Em síntese, existe um modelo de aferição dos responsáveis e de como se imputam os danos reparáveis a partir dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil e consumerista trazidos pela literatura jurídica e pela jurisprudência brasileiras. Este modelo oferta determinadas respostas, a serem explicitadas no decorrer do trabalho, que parecem não alçarem às vítimas em um platô de prioridade em relação aos danos por elas sofridos.

Diante dessa lacuna, há uma proposição da perspectiva de formação da circunstância danosa como critério de aferição da causalidade complexa e da imputação do dano a alguém, cujo substrato ético é a alteridade, e a finalidade, a tutela da vítima, por intermédio da consecução da justiça social, premissas constitutivas de uma responsabilidade por danos.

O estruturar e o erigir da categoria formação da circunstância danosa não prescindem de um método e de uma metodologia que visam robustecer o caminho e o caminhar para o soerguimento da tese apresentada, sem que efetivem verdades, como alude o cartesianismo. O método escolhido para esta pesquisa mescla a dedução e a indução, porque tem como *prius* afirmações teóricas de caráter geral, aplicáveis em cada caso concreto de maneira dedutiva. Além disso, casos concretos demandam elementos comuns que, indutivamente, podem reproduzir a necessidade de transpor a ideia de nexos causal e de presunção de causalidade, como construídas

até o momento, em favor da ideia de causalidade complexa, fulcrada na construção técnico-teórica da formação da circunstância danosa, a ratificar a passagem da responsabilidade civil e consumerista para a responsabilidade por danos no Direito brasileiro.

Explicitado o método, esclarece-se sobre a metodologia de procedimento e a de abordagem. A primeira utilizará o procedimento monográfico, com a análise da literatura jurídica e de outras áreas do saber, bem como da jurisprudência pertinente à temática pesquisada. A segunda se baseará em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados” (Gustin; Dias, 2006, p. 20-21). Trazida para o contexto específico da pesquisa jurídica, pode-se pensar a temática apresentada para a tese numa vertente jurídico-teórica, não se descurando do desenvolvimento de sua repercussão prática, como se exige de qualquer investigação no campo das ciências sociais aplicadas. Por sua vez, o raciocínio empreendido será de natureza hermenêutico-dialógica (Morin, 2007, p. 300-301), buscando densificar os sentidos axiológicos, dogmáticos e sociais emanados das variadas formas de expressão do Direito e que fundam os institutos jurídicos a partir dos imperativos da historicidade não linear.

A mencionada metodologia conecta-se a um pensamento crítico-prospectivo do Direito e, no caso da pesquisa, do problema da causalidade possibilitadora da imputação de responsabilidades ao agente que causou ou é responsável pelos danos potenciais e concretos sofridos pelas vítimas no Brasil. Esse pensamento crítico-prospectivo filia-se, também, à ideia de jurisprudencialismo ou de construção judicativo-decisória (Castanheira Neves, 2003), baseada no seguinte esquema metodológico de decisão: caso, princípios e razão prática, utilizado nesta pesquisa como caso, formas de expressão do direito e decisão.

O paradigma constitucional que norteia as premissas metodológicas, jurídicas e filosóficas retrocitadas é o Estado Democrático de Direito, consubstanciado na Lei Fundamental brasileira de 1988, cujas citadas dimensões condicionam as atividades jurídicas, até porque tais atividades podem gerar danos para a sociedade, a tornar relevante uma adequada precaução, prevenção e reparação de danos. A observância dessas dimensões requer um aparelhamento jurídico-dogmático que resulte na eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais para as relações jurídicas de qualquer espécie, conforme determinação constitucional (CF/88, art. 5º, § 1º).

Essa eficácia deve conformar a autonomia privada e a liberdade dos sujeitos de direito, assim como auxiliar na construção da categoria formação da circunstância danosa, com esteio em uma ideia de causalidade complexa permeada pela incerteza e pela complexidade. São características, estas, inerentes à sociedade vigente, com o fim de proteger direitos e interesses individuais, sociais e ambientais, a reaproximar o Direito dos valores éticos que o inspiram (Carvalho Neto; Scott, 2011).

Essa metodologia interpretativa dos direitos civis abrange a ideia a ser construída nesta tese, a combater os modelos de operacionalização dos interesses do poder político e econômico, que obstam a efetiva e prioritária tutela das vítimas. O subscritor desta tese tem consciência de que o tema-problema-tese é permeado por um conjunto de preocupações que inquietam uma linha clássica do direito civil e consumerista, cujo enfrentamento não pode tangenciar as inevitáveis dificuldades, para que, não obstante a escolha pelo caminho mais árduo, não caia em um reducionismo investigativo.

Pretende-se com o método e com a metodologia escolhidos uma explicitação do estado da arte da causalidade e da imputação na primeira parte da tese, a viabilizar a desconstrução produtiva (crítica aos conceitos tradicionais – Heidegger, 2000, p. 47) e a reconstrução de sentido daqueles significantes na segunda parte da pesquisa. Ressalta-se que a causalidade e a imputação são condicionadas pela historicidade e pela faticidade, a pôr à prova o conteúdo da hipótese lançada na pesquisa, colocando-a em xeque, para, ao final, infirmá-la ou ratificá-la.

Para atender a esse escopo, as duas partes do trabalho contêm um total de três capítulos, além da presente introdução, da conclusão e das referências. Cada capítulo versa sobre um estágio necessário à dialógica propositiva derivada da problematização colocada: (i) os dois capítulos da primeira parte dissecarão o estado da arte acerca da causalidade jurídica e da ideia de imputação, a conter um cenário a partir do qual se desenha, na responsabilidade civil e consumerista, a lacuna do conhecimento que impende preencher; (ii) o único capítulo da segunda parte apresentará a tese a ser sustentada, partindo-se de premissas jusfilosóficas que serão explicitadas ao longo do segmento capitular, com o intuito de se comprovar que a perspectiva da formação da circunstância danosa é um caminho adequado a ser trilhado por aqueles que visam a uma tutela constitucionalizada, concreta e efetiva para as vítimas, a mirar a travessia da responsabilidade civil e consumerista para a responsabilidade por danos.

O roteiro acima demonstra a preocupação com a efetivação de um direito civil e consumerista adequado às necessidades fundamentais e concretas daqueles que deles se socorrem. Posto isso, inicia-se a seguir a empreitada assumida nesta tese, na esperança de que, ao final, se confirmem as seguintes premissas: (i) a permanência da intencionalidade de justiça, entre nós justiça social, como constitutiva do Direito, sendo muitas vezes necessário escutar os silêncios legislativos, doutrinários e jurisprudenciais para a postulação de outras perguntas e respostas aos questionamentos hauridos da sociedade; (ii) a indispensável leitura prospectiva e constitucionalizada das questões jurídicas postas em debate, dado que esta leitura apreende concretamente o sujeito, as situações e as relações jurídicas em que ele se encontra imerso nos espaços público e privado, não o subvertendo, entretanto, a concepções individualistas e coletivistas, assim como demonstrando a relevância da consciência e da prática da alteridade, que ressignificam o conviver individual e social.

PARTE I

REVISÃO DOS FUNDAMENTOS ATUAIS DO CONTROLE DAS CAUSAS E DOS EFEITOS PELO DIREITO CIVIL E CONSUMERISTA BRASILEIROS

A parte I intenta revisar os fundamentos jurídicos da causalidade e da imputação, promovendo o devido diálogo com outras áreas do conhecimento, como a Filosofia, com o intuito de compreender como foram erigidos os sentidos dos mencionados significantes se como eles aportaram no direito civil e consumerista.

A motivação para a análise realizada nesta primeira parte é demonstrar com solidez os fundamentos ético-dogmáticos da causalidade e da imputação jurídica, sendo necessário pôr à prova esses fundamentos – que residem no espectro do tema-problema-tese. Com isso, afere-se, efetivamente, se as teorias do nexos causal e a presunção de causalidade, nos moldes erigidos, priorizam a vítima que sofre danos. Essa verificação se torna relevante por conta da indispensável concretização dos princípios da precaução, da prevenção e da reparação integral dos danos, que serão densificados ao longo da pesquisa.

O itinerário consiste na demonstração do nexos causal como elemento da responsabilidade civil e consumerista, das teorias que o delimitam, de sua influência na distribuição do dano, bem como das hipóteses de concausalidades; de interrupção do nexos causal (caso fortuito ou de força maior); de ausência de causalidade (fato de terceiro e do fato da vítima). Em seguida, partir-se-á para as flexibilizações do nexos causal, pesquisando-se sobre a causalidade virtual, a causalidade alternativa e a responsabilidade do grupo, determinada por dano causado por membro indeterminado deste grupo, a refletir sobre as presunções de causalidade e à imputação objetiva, que foi muito desenvolvida no direito penal, embora tenha sido criada no direito civil e pouco aplicada pela civilística e nas relações de consumo.

Ao fim da primeira parte ter-se-á uma visão sobre a possibilidade de se desconstruir produtivamente os referidos fundamentos ético-dogmáticos da

causalidade e da imputação, elucidando-se o *leitmotiv* do modelo utilizado pela responsabilidade civil e consumerista desde o *Code des franceses* até os dias atuais, inclusive aclarando-se ideologias subjacentes a tais construções teóricas. Esses passos são indispensáveis para cogitar outra configuração contemporânea à causalidade e à imputação, visando a uma prioritária tutela da vítima na contingência fático-jurídica em que se encontra imersa, circunscrevendo-se a análise às hipóteses de situações e de relações jurídicas civis e consumeristas, nas quais se imputa ao(s) agente(s) responsabilidades pela violação ou pelo cumprimento defeituoso dos princípios da precaução, da prevenção e da reparação integral dos danos potenciais e concretos produzidos em sociedade.

1. O PAPEL DA CAUSALIDADE NO DIREITO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CONSUMERISTA

A configuração jurídica da causalidade perpassa pela multiplicidade de sentidos atribuíveis ao significante pelo Direito e por outras áreas do conhecimento, sendo importante revisar as premissas que lastreiam o nexos causal, desde a sua análise como elemento da responsabilidade civil até à dupla função que exerce o instituto: delimitar o responsável pela reparação e a extensão desta.

A problematização levada a efeito não consistirá em apontar, neste momento, uma crítica verticalizada à causalidade jurídica como está posta, porém indica que essas construções são muito rígidas e obstaculizam sobremaneira as vítimas que sofrem danos reparáveis, até porque o critério a sustentar este tipo de causalidade é a previsibilidade ou a probabilidade de que determinado fato danoso tenha um elo com o dano, a configurar o nexos causal como elemento necessário à responsabilização civil e consumerista em um caso concreto. Quanto a esse aspecto, não existe diferença em a relação ser de consumo ou civil, pois as teorias do nexos causal incidem indistintamente nas hipóteses de responsabilidade pela precaução, pela prevenção e pela reparação do dano neste dual ambiente relacional.

De modo especial, este capítulo tem por finalidade demonstrar se há razão (ou não) para uma relativização dessa concepção de causalidade amparada na previsibilidade ou probabilidade entre o fato danoso e o dano, a conferir sentido à discussão que será travada no segundo capítulo do trabalho, referente às flexibilizações do nexos causal e as suas interrupções, a afastar a responsabilidade daquele sobre o qual o ônus reparatório recai.

1.1 O NEXO CAUSAL COMO ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMERISTA: ENTRE PREVISIBILIDADE E PROBABILIDADE

O objetivo deste tópico consiste na formulação (aqui apreendida como uma problematização dialógica) de alguns dos perfis da causalidade na Filosofia e no Direito, debatendo-se se os significados construídos pela Filosofia podem ser modulados para as necessidades impostas pelo Direito, no que toca à causa na atividade negocial e à causa ou causalidade como elemento do dever de precaução, de prevenção e de reparação.

Aqui, também, pretende-se pôr em debate se há uma inconciliável dualidade de sentidos entre a causalidade filosófica e a jurídica, ambas delimitadas pela previsibilidade e pela probabilidade. Trata-se de construção da base sobre a qual se erigirá a apreciação crítica de caráter mais sistemático que estrutura o presente capítulo, ferramenta necessária à posterior investigação das repercussões dos sentidos que a causalidade jurídica pode explicitar, e se tais sentidos são coerentes com a adequada e prioritária tutela da vítima.

Verifica-se, desde logo, que a causalidade se encontra presente no exame de fatos humanos ou da natureza e explica fenômenos astrológicos, meteorológicos, geológicos, zoológicos, jurídicos, físicos, entre outros (Pontes de Miranda, 1972, t.1, p. 105). Pode-se entender, contudo, que a causalidade é afastada nas hipóteses de acaso ou de coincidência, quando não for possível descrevê-las racionalmente (Jung, 2004, p. 1). O apartamento da causalidade nessas duas situações não enfraquece a indiscutível relevância para esta pesquisa do sentido atribuído à causa ou à causalidade em áreas do conhecimento como a Filosofia e o Direito, mantendo-se pertinente analisá-las para que se confirme (ou não) a hipótese lançada nesta tese.

Antes, porém, cabe explicitar a razão pela qual se decidiu dialogar imediatamente com a Filosofia, e de forma mediata com outras disciplinas do conhecimento, como a Física, que trouxe e traz indiscutíveis contribuições ao Direito e às ciências humanas (Heisenberg, 1981, p. 115-127; Bunge, 2012; Iturraspe, 2004, p. 211), principalmente em relação aos sentidos atribuídos à causalidade. A Filosofia mantém intrínseca relação com o Direito por ser a disciplina desveladora do

fundamento, dos valores, da existência, da análise da discursividade jurídica (Amaral, 2008, p. 1; Costa, 2001, p. 179-181; Barreto; Bragato, 2013, p. 29) e de uma “conversação contínua e plural visando à edificação das pessoas” (Ghiraldelli Júnior, 1999, p. 67). A relação Filosofia/Direito está plasmada pelo objetivo de reconstrução do conviver humano, por ambas as disciplinas fundarem a forma de viver e de conviver do Ocidente (Santos Coelho, 2012, p. 11), podendo-se utilizar para tanto a alteridade e a justiça social, determinantes para a edificação desta tese.

Diante disso, indaga-se: pode o intérprete apreender contextualmente o sentido atribuído à causalidade pela Filosofia e realizar uma transposição de sentido adequando-o às especificidades do Direito? Essa pergunta rememora uma antiga discussão acerca da diferença entre as ciências naturais e as ciências sociais, na ambiência das próprias ciências sociais e humanas, distinções estas intensamente retratadas pela Escola de Baden no século XIX.

As especificidades de cada área do saber devem ser observadas, mas parece não fazer sentido impedir, principalmente na vigente sociedade, um diálogo multidisciplinar, interdisciplinar ou transdisciplinar das áreas do conhecimento, mormente quando se trata da dialogicidade entre a Filosofia e o Direito (Piragibe da Fonseca, 2009, p. 23-27). As perspectivas isolacionistas dificultam a dialogicidade do Direito com as demais disciplinas e com a contraprova fática dos aportes teóricos instituidores de sentido aos significantes construídos para dar conta dos problemas sociais.

Ocorre que o diálogo sobre os múltiplos sentidos atribuídos à causalidade sofre resistência no Direito e na Filosofia. Existe jurista que distingue a causalidade jurídica da causalidade das ciências naturais e da Filosofia, pois somente a causa jurídica deve atender aos objetivos específicos do Direito no momento em que se decide um caso concreto, por exemplo, relacionado à responsabilidade civil de alguém (Almeida Costa, 2011, p. 760-761).

KELSEN acolhe essa distinção entre o sentido expressável pela causalidade filosófica e aqueles atribuídos à causalidade jurídica, ao argumento de que as diferenças existiriam no plano do Ser e não do Dever Ser, porque as leis filosóficas são gerais e as leis jurídicas, imputacionais, isto é, apenas estas atribuem consequências a fatos naturais ou humanos (Kelsen, 2006, p. 151 e seguintes). **HART** e **HONORÉ** entendem também inexistir uma relação entre a causalidade, o efeito e o

resultado vistos dentro do contexto linguístico da filosofia da linguagem e a perspectiva de causalidade jurídica, que, normalmente, permanece vinculada a uma ideia de causa necessária para o efeito. Os autores também diferenciam a causa de outros fatores necessários para a ocorrência do fato verificado, até porque à Filosofia cabe formular leis gerais sobre o assunto, e não decidir acerca de casos particulares (Hart; Honoré, 2002, p. 9, 11 e 110).

Não obstante o respeito pelo entendimento retrocitado, ressalta-se a inadequabilidade de se divisar o Direito de outras áreas do conhecimento, como se viu com a disjunção, mesmo que parcial, entre Direito e Moral, realizada por jusfilósofos como Kelsen e Hart (Kelsen, 2006, p. 67-78; Hart, 2012, p. 239-273). Saliente-se que a Moral está presente nas justificativas para a responsabilização com e sem culpa ou dolo (Hironaka, 2005, p. 68), assim como na responsabilização por fatos lícitos e na pesquisa do nexo causal entre evento danoso e dano, pois é por meio dele que se imputa a responsabilidade por uma conduta humana, inclusive podendo-se responsabilizar aquele que não causou diretamente o dano, mas é responsável pela segurança, pela garantia ou pelo risco (Martins-Costa, 2003, v. 5, t. 2, p. 133), a ratificar a inconveniência da aludida separação. O diálogo se faz urgente principalmente em tempos de complexidade e de perspectiva holística do fenômeno fático-jurídico, perquirido de maneira contextual e contingente, a acolher a ideia de que conhecer algo é colocá-lo em relação com outras situações (Crema, 1989; Ghiraldelli Júnior, 1999, p. 31-32).

Essa explicação tem por objetivo evitar o aludido estancamento dos saberes, a subscrever o pensamento de Heisenberg sobre a indispensável necessidade de um diálogo entre as esferas do conhecimento em que a atividade humana se faz presente (Costa; Videira, 2009, p. ix). Dessa maneira, a construção contextual e contingente dos sentidos jurídicos dos significantes causa e causalidade é influenciada pelos influxos erigidos pela Filosofia, a ensejar a apreensão, mesmo que breve, desses sentidos no presente tópico, transportando-os e adequando-os às particularidades exigidas pelo Direito.

O ponto de partida para o exame empreendido é a explicitação de dois correntes sentidos filosóficos conferidos à causalidade, erigidos de uma maneira racionalmente lógica e delineados a partir de uma *cosmovisão científica* acerca da natureza (*physis*) (Caruso; Oguri, 2006, p. 1-2). A explicitação desses dois sentidos não significa desprezo pelos demais existentes para o termo causalidade.

O primeiro sentido indica que em uma relação causal há a passagem de algo para algo, sendo a causa uma razão ou um motivo para a produção do efeito, ou seja, uma conexão racional-dedutiva entre a causa e o efeito, percepção atribuída a PLATÃO (Mill, 1882; Pieri, 2002, p. 76). O segundo sentido explicita a conexão entre a causa e o efeito de modo temporal ou empírico, com o efeito não sendo deduzido da causa, mas podendo ser aferido da previsibilidade baseada na relação de constância e de uniformidade na sucessão dos eventos. Desses dois sentidos extrai-se um primeiro critério de estimação da causalidade: a *previsibilidade* unívoca e infalível do efeito advindo da causa de forma dedutiva (ou não), sendo imprescindível haver uma relação causal (Abbagnano, 2007, p. 124).

Essa ideia de previsibilidade é reforçada pela construção aristotélica do sentido de causa, a significar *o porquê de uma coisa*, com a essência da causa não se dissociando da própria coisa, sendo, outrossim, necessário o movimento para que as coisas sejam explicadas (Aristóteles, 1969, p. 270). Saliente-se que os sentidos aristotélicos atribuídos à causa tornaram-se uma das principais contribuições para o estudo do tema, inclusive no Direito, haja vista que a perspectiva de causa eficiente por ele elaborada é utilizada juridicamente na principal construção de sentido jurídico atribuída ao nexos causal, qual seja a causa como origem de um determinado efeito (Ancona Lopes, 2008, p. 22), isto é, a causa como o início da mudança da situação anterior à situação posterior ao dano.

A divisão da causa gestada por ARISTÓTELES tem a seguinte configuração: a primeira acepção refere-se à substância da qual a coisa é feita e que nela permanece, por exemplo, a madeira sendo a causa de uma porta, ou seja, o motivo pelo qual algo é e persiste, a caracterizar a *causa material ou substancial*; a segunda noção aponta para a causa como a essência de uma coisa, sendo a causa do ser humano o seu conviver com os outros, a configurar a *causa formal*; a terceira concepção de causa indica aquilo que confere início à mudança ou ao repouso, com o contrato sendo a causa da mudança patrimonial de um contratante ou um evento danoso sendo a causa de um dano reparável imputável a alguém, a delinear a *causa eficiente*; a quarta percepção de causa a coloca como o objetivo ou o fim, por exemplo, a elevação profissional sendo a causa para a dedicação ao trabalho, a erigir a *causa final* (Aristóteles, 1969, p. 271).

Pode-se dizer que há uma hierarquia entre as causas aristotélicas, devendo-se procurar sempre a de patamar superior. Há um entendimento no sentido de a *causa*

material ou *substancial* ser a de maior hierarquia, por ser a passagem da potência ao ato, com a necessidade causal (própria necessidade do ser enquanto ser – ex.: homem como animal racional) dependendo da substância, a escapar somente o que é accidental. Desse modo, a causa material conecta causa e substância, a fim de que se apreenda a organização interna de uma substância e se evite que seja diferentemente desta substância, a saber, o homem, por ser um ser racional, não pode agir como um animal ou ser irracional (Abbagnano, 2007, p. 125).

Outro entendimento sustenta que ARISTÓTELES tinha a causa final como a de hierarquia maior, já que tudo acontece em função de uma finalidade, passando-se da potência ao ato por meio de uma causa eficiente que plasmou a causa material de determinada maneira e possibilitou a causa final (Pessanha, 1987, v. 1, p. 20-21). Não obstante a discussão acima de qual causa é superior na concepção aristotélica, a previsibilidade permanece como critério aferidor da causalidade, no sentido atribuído pela conexão empírica ou temporal, com o movimento não sendo mecânico e puramente eficiente (Mora, 2001, p. 87).

Saliente-se que a classificação aristotélica e a perspectiva dedutivista platônica (conexão racional) influenciaram outros momentos históricos sociais, como se verifica no medievo, no período moderno e na contemporaneidade. No medievo, manteve-se a hierarquização de causas, por influência aristotélica, bem como a perspectiva da conexão racional na construção realizada pela escolástica árabe, particularmente a de Avicena, de causa primeira como o primeiro elo da cadeia causal, a gerar a causa segunda, e assim por diante, afastando-se do sentido aristotélico de causa substancial ou material (Abbagnano, 2007, p. 126).

A percepção de conexão empírica também se apresentou no medievo por meio da manutenção da causalidade advinda de uma sucessão ou de uma união cronológica *constante*, com GUILHERME DE OCKHAM, já no século XIV, não acreditando na possibilidade de uma coisa conter em si uma coisa diferente. Por exemplo, a proposição de que o calor esquenta não pode ser demonstrada por silogismo, mas sim pela experiência. Isso antecipa a crítica feita por HUME, no século XVIII, acerca da *não dedutibilidade do efeito a partir da causa*, porque o afilar da causa e do efeito adviria da experiência e da observação como limitadores do conhecimento (Abbagnano, 2007, p. 126-128).

A previsibilidade deduzida ou experienciada da relação causal, densificada pela

conexão racional, pela conexão empírica ou pela causa primeira na Antiguidade e no medievo foi espargida no período moderno e na contemporaneidade, mormente pelas construções promovidas pelas correntes filosóficas racionalistas. A corrente empiricista, contudo, trabalha com a probabilidade e refuta a corrente racionalista, sendo estas duas relevantes perspectivas filosóficas sobre a atribuição de sentido à causalidade.

O racionalismo equipara a causa à razão e açambarca a concepção de conexão racional, de conexão empírica e de causa primeira. Na época renascentista entendia-se que todos os eventos detinham uma ordem e uma concatenação causal dedutiva. Muitas vezes esta ordem era atribuída a uma causa primeira, que seria Deus, ou a uma de outra natureza, a jungir as ideias de conexão racional platônica com a de causa primeira medieval. Exemplifica-se a utilização da conexão racional causal em estudos de COPÉRNICO, de KEPLER e de GALILEU, apresentada de maneira mecanicista por HOBBS e teologicamente por SPINOZA (Abbagnano, 2007, p. 126). A causa eficiente aparece em estudos de GALILEU, com as variações de estado e de deslocamento no espaço de acordo com as leis matemáticas expressíveis (Mora, 2001, p. 89-90).

Desse modo, confirma-se o panorama acima a partir da análise de postulações de filósofos como HOBBS, SPINOZA e DESCARTES, entre outros. DESCARTES, na obra *Discurso sobre o método*, demonstra o seu afinamento com a ideia racionalista ao asseverar que o conhecimento da verdade se apresenta somente pela razão, por intermédio de evidências dedutivas (ou não) moduladas por um racionalismo matemático e causalista – “*Cogito ergo sum*” (Descartes, 2008). Nesse passo, o método cartesiano indicava que “entre causa e efeito existiria uma relação de constância e univocidade (que caracteriza a infalibilidade), de modo que à mesma causa se seguiria, inexoravelmente, o mesmo efeito” (Bernardes de Mello, 2007, p. 20), a explicitar a ideia de conexão racional e de conexão empírica.

Para HOBBS, a causa é aquilo que gera ou destrói certo estado de coisas em uma ação de um corpo sobre outro, na qual a causa perfeita segue infalivelmente o efeito, tendo em vista que a concatenação dos movimentos constitui a ordenação causal do mundo (Abbagnano, 2007, p. 126), comprovando-se a filiação à causa eficiente aristotélica. SPINOZA vê Deus como a única substância e causa para todos os eventos no mundo, e a necessidade causal como uma concatenação de razões, isto é,

verdades que configuram uma cadeia ininterrupta, a validar a ideia de conexão racional e de causa primeira medieval (Mora, 2001, p. 90).

LEIBNIZ distingue o princípio da não contradição (princípio-consequência) e o da razão suficiente (causa-efeito), a resolver o problema da causalidade sem que Deus atue em todas as instâncias dela, com cada mônada (elementos das coisas) se movimentando em seu estado sem ser afetada por outra. Deus sincroniza e coordena as mônadas, mas elas se movimentam sem o auxílio divino. Dessa maneira, um físico conseguiria prever, caso estivesse com todos os dados e com as corretas leis mecânicas da natureza, de forma precisa os eventos naturais, com os organismos sendo afetados somente em caso de colisão (Marías, 2004, p. 260). A tese de LEIBNIZ confirma a causa primeira, mas no viés atribuído pela linha aristotélica de causa substancial.

A percepção racionalista também se encontra presente em outras construções filosóficas racionalistas, como a corrente *ocasionalista* pensada por GEULINCX e MALENBRANCHE no século XVII. O ocasionalismo propõe Deus como a única verdadeira causa primeira e eficiente, havendo uma relação necessária entre causa e efeito, com as causas segundas constituindo ocasiões de que Deus se serve para realizar os seus decretos gerais, sem atuar em uma decisão particular em cada ocasião (Mautner, 2011, p. 540). Há quem entenda que o ocasionalismo foi colocado em lado oposto ao racionalismo porque os racionalistas equiparam a causa à razão e os ocasionalistas, não (Mora, 2001, p. 90).

Considera-se DESCARTES um *ocasionalista*, por ele defender que todas as substâncias derivam de Deus para todo e cada movimento, bem como para a contínua existência, ou seja, não há influência causal de um corpo sobre o outro, pois as modificações são causadas por Deus, como sustentam os ocasionalistas. O ocasionalismo, por conseguinte, não deixa de ser um aspecto do racionalismo (Abbagnano, 2007, p. 118, 726-727), a afastar a oposição afirmada anteriormente entre as citadas correntes.

Feito esse esclarecimento e seguindo a linha de explicitação de correntes filosóficas racionalistas, verifica-se que a percepção de conexão racional advinda da dedutibilidade necessária entre causa e efeito também é encontrada nas teorias idealistas ou aprioristas, materialistas e mecanicistas, com FICHTE identificando a causa como o eu infinito que se explica e se realiza de acordo com uma necessidade

racional absoluta e **HEGEL** deduzindo da causa o efeito, seja ela substancial ou eficiente, mais ao sentido aristotélico do termo (Abbagnano, 2007, p. 127).

Para a corrente racionalista, portanto, a experiência elucida os fenômenos, mas a relação causal é sempre necessária e independe da experiência. Nessa linha, a previsibilidade se apresenta de várias maneiras, muitas vezes alterando o sentido das construções platônicas, aristotélicas e medievais, todavia, mantém a identificação da causa como aquilo que confere razão ao efeito, em uma relação temporal e lógica (Huenemann, 2012). Essa construção de relação causal lógica influencia duas das teorias jurídicas usadas para a aferição do nexa causal, a saber, a de causalidade adequada entre o fato danoso e o dano e a do dano direto e imediato.

A corrente racionalista, diante dos seus pressupostos e das suas conclusões, sofreu severa crítica promovida pela corrente empiricista, que prega ser a observação e a repetição de certos acontecimentos similares o fator indicativo da uniformidade de hábitos geradores de previsibilidades, sem que esta previsão possa ser justificada (Hume, 2004). **HUME** classifica o que se conhece em impressões e em ideias, com as impressões sendo as construções dos dados pelos sentidos de maneira interna (ex.: percepção do estado emocional) ou externa (ex.: visão de uma paisagem). As ideias são representações da memória ou da imaginação, a gerar uma reconstrução do lugar em que se esteve a partir da lembrança que se tem do local, sendo possível que as impressões pretéritas projetem uma situação nunca vivida ou vista, com as ideias simples aglutinando-se com as ideias complexas (Hume, 1996, p. 39-40 e 75).

A experiência vivida não possibilita o nexa entre a causa e o efeito, que são sempre dois acontecimentos distintos, a tornar arbitrária a previsibilidade baseada neste nexa, ensejando somente relações necessárias entre ideias e não entre fatos. Estes se relacionam de forma contingente, com a sucessão regular unindo-os, mas sem conectá-los, ou seja, os elementos podem estar em conjunção, mas não em conexão, a desconstruir os pressupostos racionalistas (Hume, 1996, p. 41, 60-61, 81 e 84). A experiência não permite previsões certas do que acontecerá amanhã, mas possibilita traçar uma tendência do que ocorrerá pela sucessão regular de fenômenos, com alguns eventos sendo causa e outros os efeitos, possibilitando, somente, afirmar que um fenômeno segue o outro (Hart, Honoré, 2002, p. 10).

A regularidade dos fenômenos é uma crença de que irão ocorrer, com a conexão necessária derivando da imaginação, pois existe um hábito de associar o

anterior com o posterior, como alude **HUME**:

Não há idéias mais obscuras e incertas em metafísica do que as de poder, força, energia ou conexão necessária, às quais necessitamos reportar-nos constantemente em todas as nossas inquirições. (...) todo efeito é um evento distinto de sua causa, portanto, não poderia ser descoberto na causa e deve ser inteiramente arbitrário concebê-lo ou imaginá-lo *a priori* (Hume, 1996, p. 51 e 75).

A união contingencial normalizada ou regular de eventos viabiliza apontar o nexos causal entre dois eventos, inferenciado da aludida união, haja vista a impossibilidade de se afirmar a causalidade com certeza. O empiricismo humeniano também trata da causalidade, mas atrelada a uma normalidade sucessória de eventos, pois as conexões necessárias ocorrem apenas no plano das ideias. Demonstra-se, com isso, a distinção entre a postura racionalista “razão como necessária concatenação das verdades” e o viés empiricista “não existe conexão necessária entre fatos e qualquer concatenação de verdades deve ser posta à prova”. Esta diferença transmutada para o termo causalidade expõe a travessia de algo objetivo na natureza para a subjetividade do pensamento humano, a partir da ideia empiricista lastreada na provável normalidade fática dos eventos.

Outras construções procuraram jungir racionalismo e empiricismo, como em **KANT**. Este, absorvendo a crítica de **HUME**, procurou transformar a relação causal em categoria “conceito *a priori* do intelecto que se aplica a um conteúdo empírico e determina o nexos e a ordenação objetiva deste conteúdo”, como se viu na obra *Crítica da Razão Pura* (Kant, 2012). A percepção kantiana é a de que a causalidade não pode se vincular somente à razão ou à empiria, mas a um caráter sintético e apriorístico ao mesmo tempo, sendo enquadrada como um juízo hipotético, a necessitar de determinismos e de previsibilidade certa e infalível dos fatos naturais das mencionadas relações. Isso porque a demonstração da causalidade não depende da evidência ontológica (vazia de conteúdo), nem de uma demonstração empírica, que jamais possibilita resultados universais e necessários, com a crítica kantiana atacando o racionalismo e o empirismo (Mora, 2001, p. 91-92). A perspectiva de **KANT** não afasta a crítica humeniana pelo fato de a construção por ele aludida ser dogmática ao aduzir a causalidade a uma condição do pensamento, com a natureza não desmentindo a causalidade por ela ser organizada mediante relações de causa e de efeito, bem como por necessitar de previsibilidade certa e infalível entre evento e consequência. Isso não se tornou possível, mormente com a evolução científica.

Outras concepções foram sendo erigidas no intuito de encontrar um sentido para o termo causalidade. COMTE tenta “purificar” a noção de causa das referências antropomórficas ao asseverar ser a causa uma "relação invariável de sucessão e semelhança entre os fatos", num sentido neoplatônico de conexão racional entre causa e efeito. Dessa forma, a tarefa da ciência era possível, pois preveria os fenômenos e os utilizava, sendo a previsibilidade infalível o critério de validade e de eficácia da ciência, a valorizar o princípio da causalidade e a unir as noções de causalidade e de previsibilidade. MARCH, ao partir da junção “causalidade e previsão”, substitui o conceito tradicional de causalidade pelo de interdependência dos caracteres diferenciais dos fenômenos. As duas concepções acima não colocaram em xeque o fato de a causalidade necessitar de um determinismo rigoroso na ambiência dos fenômenos naturais em que as relações causais são conhecidas, porque também abarcam a previsibilidade certa e infalível dos fatos naturais das mencionadas relações (Abbagnano, 2007, p. 129).

Os sentidos múltiplos de causalidade construídos pelas correntes filosóficas retrocitadas gerou, em face das evoluções científicas e sociais dos séculos XVIII-XXI, um debate filosófico e jurídico, entre outros, acerca da adequabilidade (ou não) da previsibilidade como critério indicador da causalidade entre eventos. Diante disso, a discussão disseminada na atualidade em várias áreas do conhecimento, como a Filosofia, o Direito e a Física, refere-se à substituição da causalidade pela probabilidade ou a inserção da probabilidade no âmbito da causalidade (Abbagnano, 2007, p. 129; Menezes, 2005, p. 45; Bernardes de Mello, 2007, p. 21-29).

Cabe, neste momento, demonstrar a relação mediata do Direito com a Física nesta tese, em vista do diálogo de ambos com a Filosofia. Como aconteceram com os filósofos empiristas, os físicos perceberam que a ideia de certeza acerca da coligação ou correlação causal entre dois eventos era utópica, porquanto existem poucos sistemas previsíveis pelo conhecimento das forças e das condições iniciais. A verificação definitiva do fenômeno é, em princípio, impossível (Menezes, 2005, p. 45; Schlick, 1975, p. 20), haja vista a viabilidade permanente do falseamento das conclusões e da refutação dos enunciados (Popper, 1975, p. 280).

A título de exemplo na Física, teorias como a da cinética dos gases e da mecânica quântica atribuíram um maior espaço à probabilidade, que substituiria a causalidade previsível, determinada e dedutiva (ou não), a tornar viável a previsão provável de um evento. Noutros termos, a apreensão das ondas e das partículas no

ambiente atômico e subatômico somente foi viável pelo caminho da probabilidade (sobre o assunto, ver Caruso; Oguri, 2006, p. 73-80 e 381-490). Isso é ratificado com a apresentação por HEISENBERG, em 1927, do *princípio da indeterminação ou da incerteza*, “o que torna previsível a probabilidade de ocorrência do evento, já que não era possível estipular concomitantemente a posição e a velocidade exata do elétron”, a perder sentido a ideia de causalidade previsível e a elevar a perspectiva de conexão provável entre o evento e o efeito (Heisenberg, 1981; 1996; Piza, 2013, p. 281-323; ver, sobre a crítica a HEISENBERG, Taleb, 2008).

O referido princípio, portanto, indica ser impossível medir com precisão uma grandeza sem prejudicar a medição exata de outra grandeza coligada, sendo possíveis somente previsões prováveis do comportamento de partículas subatômicas, com base em estatísticas (Polkinghorne, 2011). Nessa linha, “todos os experimentos estão sujeitos às leis da mecânica dos quanta, devendo-se concluir que a mecânica dos quanta constatou em caráter definitivo que a lei da causalidade não é válida” (Schlick, 1975, p. 26).

A construção da relação de causa e de efeito sem a inserção da probabilidade valida crítica feita por BAUDRILLARD sobre a pretensão científica de certeza, na qual o acaso é apreensível, mas serve para repelir situações consideradas incertas (Baudrillard, 1991, p. 50). Nessa senda, não introduzir a probabilidade no âmbito da causalidade em qualquer área do saber que analise um fenômeno parece ser inadequado, principalmente em uma sociedade enformada pela pluralidade, pela incerteza, pela complexidade e pelo risco, que, obviamente, atingem o Direito de maneira intensa (Alves, 2013, p. 26).

Essas reflexões alertam para uma possível inadequabilidade de uma total ruptura com a causalidade no Direito, talvez sendo mais proveitoso construir um sentido para o significante que abarque a probabilidade e outros elementos, como a complexidade e a incerteza. Essa inclusão pode levar ao soerguimento da ideia de causalidade complexa, em que “o processo de causalidade não é linear como imaginava a ciência clássica, mas circular e inter-relacional, de modo que os elementos de causação atuam reciprocamente uns sobre os outros de forma aleatória” (Ricardo Cunha, 2006, p. 231).

A causalidade complexa tende a permitir a ruptura – “poder de resistir e trabalhar contra verdades e oposições estabelecidas” (Williams, 2012, p. 17) – com a

noção de causalidade previsível, por dedução (ou não), na atual responsabilidade civil e consumerista brasileiras, a acrescer mais uma razão para o transcurso do modelo tradicional de responsabilização para uma perspectiva de responsabilidade por danos, que possui pressupostos e características diversas daquele modelo tradicional combatido.

O desafio, doravante, nesta tese é compatibilizar as reflexões até o momento realizadas em torno da causalidade na Filosofia com o discurso jurídico, que, de algum modo, acolhem as mutações de sentido do significante causalidade promovidas pela probabilidade nas construções de presunção de causalidade jurídica (Mulholland, 2009; Capecchi, 2012) e de responsabilidade por perda de uma chance (Peteffi da Silva, 2009). Esse diálogo demonstra que os significantes – previsibilidade e probabilidade – são centrais na construção dos instrumentos teóricos relacionados à causalidade jurídica, a reverberar em uma priorização (ou não) da vítima por estes constructos. Lembra-se de que a análise da causalidade jurídica, nesta tese, limita-se ao campo do direito civil e do direito do consumidor, mais especificamente, à ambiência da responsabilidade civil e consumerista, com a causa se apresentando em uma perspectiva negocial e como um elemento do dever de reparar, possuindo, entretanto, sentidos diversos.

Uma acepção jurídica possível para a causalidade no âmbito negocial esteia-se na construção aristotélica de causa final, pois todo negócio tem um objetivo ou fim, sendo relevante também utilizar tal sentido para divisar causa e motivo nas discussões atinentes às atividades negociais (ex.: CC, art. 1.848) (Macedo, 1977, p. 24). A concepção de causalidade como elemento do dever de reparar está vinculada correntemente à construção filosófica aristotélica de causa eficiente, uma vez que a relação de causa e de efeito estaria permeada pela ideia daquilo que determinou o início da mudança gerada pelo fato danoso ensejador do resultado dano (Ancona Lopes, 2008, p. 21) ou à ideia de probabilidade. Essas três acepções no âmbito negocial e extranegocial ratificam a possibilidade de adequação dialogal entre os sentidos filosóficos e os jurídicos construídos para o termo causalidade, a afastar uma possível separação dos saberes, defendida por alguns filósofos e juristas, como apontado alhures.

Independentemente da adoção de qualquer dos sentidos jurídicos possíveis para o termo causa ou casualidade, esta se apresenta juridicamente de maneira explícita, como no caso do enriquecimento (CC, art. 884), ou implícita, internalizada

na perspectiva de equidade e de justiça, presente em qualquer tipo de relação jurídica, haja vista que explica ou justifica os atos jurídicos ou a atividade jurídica. Essa explicação inicial serve para confirmar a importância do tema para a civilística:

A causa jurídica é compatível a esses órgãos do corpo humano que não revelam sua existência a não ser quando são deficientes ou estão doentes. Parece não ser tomada em consideração pelo direito a não ser quando está ausente ou viciada. Trata-se, naturalmente, de uma ilusão, e se o direito parece ocupar-se da causa quando ela está ausente antes que quando ela existe, é simplesmente porque ela existe na quase unanimidade dos casos (Ulhoa Canto, 1947, v. 8, p. 7).

Predominante parcela da literatura jurídica entende a relevância da causa (ver Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 579-581) para a atividade negocial e para a responsabilidade civil e consumerista extranegocial, dicotomia aqui tomada apenas para divisar a origem do dever de precaução, de prevenção e de reparação, visto que se entende pela desnecessidade de tal dicotomia (ver, sobre o tema, Ehrhardt Júnior, 2012). Para alguns afastar a ideia de causa do ato jurídico e do negócio jurídico significa “esvaziar o direito, sacrificar o essencial e muitas vezes invisível ao acidental, acessório, aparente” (Macedo, 1977, p. 24). A investigação da causa de um ato, de um negócio ou de uma atividade jurídica pode, por exemplo, densificar a relação Direito/Moral com a perquirição em um caso concreto da ocorrência de enriquecimento sem causa, tendo em vista que o Direito deve vedar negócios onerosos excessivamente ou reparações irrisórias ou exageradas, a explicitar um julgamento que deva ser justo em qualquer dos casos.

Parte-se, doravante, para a análise da causa na esfera negocial. Há uma lista de autores que contraditam a utilidade da causa nas atividades negociais, por exemplo, no direito francês, onde a causa negocial é regra positivada, como LAURENT, ARTHUR, TIMBAL, HUC, BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, CRONIL, PLANIOL E DABIN (Capitant, 1927, p. 8). Isso levou parte dos civilistas brasileiros a pregar que o direito pátrio é anticausalista por três motivos: (i) pelo fato de o CC/16 e a jurisprudência atribuírem consequências aos negócios jurídicos (Serpa Lopes, 1988, v. 1, p. 429); (ii) pela causa estar identificada com o objeto do ato (Barros Monteiro, 1997, p. 184); (iii) e, apesar da importância dela, por ter o CC/16 optado pela segurança dos negócios, pois a pesquisa pela causa pode gerar exacerbação da busca pelos motivos (Pereira, 1998, v. 1, p. 321-322).

Em confronto com a elucidação acima se colaciona uma miríade de referências acerca da importância da causa na atividade negocial no direito civil negocial,

extensível às atividades negociais consumeristas (Macedo, 1977; Castro, 1966; Azevedo, 2002, p. 139-161; Lôbo, 2011, p. 30-31; Amaral, 2008, p. 439-446; Moraes, 2010, p. 289-316; Donnini, 2007, p. 8; Pedreira da Silva, 2011; Couto e Silva, 1997, p. 59-71; Lorenzetti, 2004, p. 401-417; Gosálbez, 1998; Martins-Costa, 1989, p. 213-244; Chaves, 1977, p. 34-44; Ferreira da Silva, 2001; Penteado, 2004; Pettit, 2003, p. 436-437; Santos Justo, v. 2; Cretella Júnior, 2007, p. 182-183, entre outros).

A relevância da causa também pode ser verificada no tratamento explícito que muitos países apresentam sobre o assunto, a saber: França – causa objetiva implícita – Código Civil, arts. 548, 554-556, 570, 571, 577, 594, 1.108, 1.131, 1.241, 1.312, 1.367, 1.376-1.381, 1.689-1.697, 2.102 e 2.175; Espanha – causa como requisito da obrigação convencional como finalidade imediata – Código Civil, arts. 767, 1.261, 1.274, 1.275, 1.277, 1.569 e seguintes; Argentina – causa como requisito da obrigação – Código Civil, arts. 499, 501, 502; Uruguai – causa como requisito da obrigação – Código Civil, art. 1.287; Itália – diversidade de sentidos para as causas – Código Civil, arts. 744, 1.218, 1.256-1.258, 1.288-1.289, 1.307, 1.325, 1.343-1.345, 1.418, 1.588, 1.672-1.673, 1.686, 1.780 e 2.228; Suíça – Código Federal Suíço das Obrigações, arts. 17, 34, 62-67; Alemanha – Código Civil alemão (BGB), arts. 390, 413-414, 780-781 812, 817, entre outros.

No Brasil, o revogado Código Comercial de 1850 (art. 129, 3) previa a ausência de causa certa da qual deriva a obrigação como uma hipótese de nulidade do contrato comercial. No Código Civil de 1916, de forma implícita, a causa foi tratada nos arts. 82, 964, 966, 968, 1.167, 1.187, I e II, III, 1.331, 1.333, 1.334, 1.339 e 1.343. O Código Civil de 2002, implicitamente, retrata o assunto na exclusão do associado com justa causa (art. 57), na anulação do negócio jurídico por dolo, se este for a causa do negócio (art. 145), na impossibilidade de consignação, se não houver justa causa do credor para recusar o pagamento (art. 335, I), na compensação de dívidas que tenham causas diferentes (art. 373), na prestação de serviço (art. 598, arts. 602-604), na empreitada (art. 624), na comissão (art. 705), na agência e na distribuição (arts. 715-717), no seguro de pessoa (art. 791), na fiança (art. 834), no enriquecimento sem causa (art. 884), na administração da sociedade simples (art. 1019), na resolução da sociedade em relação ao sócio (arts. 1.029, 1.038, § 1º, II, e 1.085), no estabelecimento empresarial (art. 1.148), e na clausulação testamentária somente com justa causa (arts. 1.848 e 2.042).

Nessa senda, a causa encontra-se presente no direito brasileiro como exigência

ética, jurídica e para além da atividade negocial (ver Macedo, 1977, p. 34; Gomes, 2008, p. 63-65; Castro, 1966; Pontes de Miranda, 2012, t. 3, p. 138-177). Em seu sentido objetivo pode-se entender a causa negocial como “a função que o sistema jurídico reconhece a determinando tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico” (Pontes de Miranda, 2012, t. 3, p. 138; Azevedo, 2002, p. 153). Certo é que a consagração da função social do contrato no art. 421 do CC sedimentou a inadequação do entendimento anticausalista no direito pátrio.

Pode-se indicar o significado da causa negocial com sentidos diferentes, conforme se verifica com as construções delineadas pela literatura jurídica:

a) *causa motivo* – na qual há uma equiparação da causa ao motivo, pois o seu fito seria o de impulsionar psicologicamente a feitura de um negócio de uma parte com a outra, sendo a mistura de sentido dos citados significantes fortemente criticada (Ferreira da Silva, 2001; Macedo, 1977, p. 24);

b) *causa subjetiva* – aventada por **DOMAT** e fulcrada no objetivo interno de cada um com a atividade negocial (Código Civil dos franceses, arts. 1.108 e 1.131), constituindo um elemento integrante do ato, ou seja, o objetivo se externaliza e abarca o conteúdo do negócio, a integrar o consentimento (Josserand, 1928, p. 140-159). Isso torna a causa um elemento prescindível, mormente por conta da imprecisão que o significante suscita (Moraes, 2010, p. 298-299). A teoria da causa subjetiva foi criticada pelo professor belga **ERNST**, que considerava somente três elementos para os negócios (consenso, objeto e capacidade), o que possibilitou o reforço à teoria anticausalista, em razão de a causa ser um fator gerador de erros e de confusão (Campos Filho, s.d., p. 10-17). Isso porque a vontade ou o objeto resolveriam o problema, a tornar desnecessária a estipulação da causa lícita posta nos arts. 1.108 e 1.131 do Código Civil dos franceses. Nessa linha, as dificuldades trazidas com a ideia da causa subjetiva levaram a literatura jurídica a erigir a perspectiva de causa objetiva;

c) *causa objetiva* – surgiu como uma resposta aos anticausalistas, já que a causa seria a função econômico-social ou prático-social exercida pela atividade negocial, a afastar a ideia de fim vinculada à intenção do contratante e a focar na função socioeconômica do pacto, atribuída pelo ordenamento jurídico e não pelas partes. É o ordenamento jurídico que reconhece (ou não) o interesse presente no pacto, a incorporar o objetivo pretendido pelos negociantes (Betti, 2008, p. 266; Castro, 1966, p. 35-36; Chamoun, 1977, p. 74-75; Campos Filho, s.d., p. 109; Pugliatti,

1951, p. 79; Azevedo, 202, p. 173), numa clara acepção da ideia de causa final aristotélica.

A produção de efeitos do negócio depende da sua positiva utilidade social, com a causa objetiva demonstrando que a vontade não mais se conecta aos efeitos jurídicos da atividade negocial e que a aludida causa serve para caracterizar o tipo de negócio (p. ex.: compra e venda, locação, prestação de serviço), para qualificar os elementos do tipo negocial e para diferenciar cada negócio (Moraes, 2010, p. 300).

A concepção de causa objetiva sofreu críticas de duas ordens: (i) eliminação do sentido subjetivo da vontade (Stolfi, 1947, p. XXI). Contrapõe-se a esta crítica o fato de somente a declaração de vontade ser apontada como elemento essencial do negócio jurídico, uma vez que, mesmo nos casos de vício social ou de consentimento, é a vontade declarada que importa, e não a vontade interna (Trabucchi, 1985, p. 145-146), como se vê no art. 138 do CC brasileiro, que trata do erro cognoscível ensejador da anulação do negócio; (ii) implantação de *numerus clausus* no direito contratual (Gomes, 2007, p. 339), o que não é correto, porque o Código Civil italiano (art. 1.322, 2) e o CC brasileiro de 2002 (arts. 421 e 425) abarcam a atipicidade dos contratos, devendo as causas contratuais típicas ou atípicas observar o interesse social (tipicidade social) (Moraes, 2010, p. 302).

A resposta às referidas críticas acabam por traduzir os três papéis diversos cumpridos pela causa objetiva: (i) conferir juridicidade ao negócio típico, atípico, misto e nas chamadas redes contratuais; (ii) delimitar a função socioeconômica e ambiental desempenhada pelo pacto; (iii) qualificar os efeitos e a disciplina de cada negócio (Moraes, 2010, p. 303). A causa objetiva traz importantes contribuições para o deslinde do assunto, a fortificar a posição causalista adotada pelo direito negocial brasileiro;

d) *causa como originária da obrigação* – entre os vários significados possíveis, pode-se, ao menos, aventar dois: (i) causa como origem e como fim, com a causa final traduzindo o objetivo colimado, justificativa do futuro, bem como a explicação do passado que adere ao objetivo negocial, a complexificar o assunto, o que contribui para o pouco debate sobre o tema no direito brasileiro; (ii) causa como origem justificadora da existência da obrigação ou de um ato jurídico, a abarcar os negócios jurídicos, os atos unilaterais e os atos ilícitos (Ferreira da Silva, 2001). Este sentido contribui para a construção da causa concreta, complementadora da ideia ora externada para a causa;

e) *causa como razão da juridicidade de certos atos* – nesta, a causa explicaria abstratamente e concretamente o porquê de certos atos obrigarem e outros não, a demonstrar quais fontes são originárias da obrigação e quais não são. Este sentido para a causa torna jurídico um negócio, não havendo, por exemplo, contrato sem causa, em razão da causa sinalagmática. A causa concreta significa o fim último do negócio. Com isso, pode-se aferir a ilicitude (ou não) do fim perseguido pelos negociantes (plano da validade), se o negócio se torna impossível (ou não) (plano da eficácia), a explicar, também, a pós-eficácia das obrigações e como se interpretar o negócio realizado pelas partes. A causa concreta mantém a obrigação e gera um sentido para o significante causa de fator de atribuição patrimonial, como se infere das causas *credendi*, *solvendi* e *donandi* (Azevedo, 2002, p. 129, 152-161). A causa concreta na atividade negocial pode ter o seguinte sentido:

Chegando a um conceito unitário, a causa seria o ‘propósito das partes de alcançarem a finalidade prática tutelada pelo ordenamento jurídico’, combinando-se, assim, a ‘vontade específica e concreta dos agentes com o esquema preestabelecido na norma jurídica’. Esta concepção permitiria explicar o negócio sem causa (aparência do negócio), ou com falsa causa (negócio simulado) e a licitude (ilegalidade ou imoralidade) do propósito ou do resultado (Amaral, 2008, p. 439-446).

Esse sentido dialoga com a causa abstrata, que indica conteúdo mínimo do negócio e diferencia cada negócio (Pugliatti, 1951, p. 75). Dessa maneira, por meio da causa, particularizam-se os elementos de um negócio e, concretamente, afere-se a presença (ou não) de tais elementos na pactuação realizada pelas partes, inclusive estabelecendo o nexos causal entre o negócio firmado e os efeitos dele advindos, mormente em contratos mistos, conexos, coligados, entre outros (Moraes, 2010, p. 293).

Inicialmente, a ideia de causa concreta e de causa abstrata se contrapõe à de causa objetiva, porque importa à concretude e à abstração da causa uma função exclusivamente jurídica, já que elementos econômicos e sociais seriam tachados de estranhos ao ordenamento jurídico (Pugliatti, 1951, p. 109-119). A causa objetiva abarcaria elementos sociais, econômicos, entre outros, quando da análise causal. A causa do negócio seria o resumo dos seus efeitos jurídicos essenciais, mesmo nos negócios abstratos (causa vista indiretamente), por exemplo: em uma compra e venda, os referidos efeitos seriam a entrega da coisa e o recebimento do preço, independentemente de outras pactuações no mencionado contrato, como a existência de garantia, com a função abstrata nos contratos nominados sendo identificada pela

tipicidade. O “problema central da causa, no fundo, é o problema do reconhecimento jurídico do negócio: é o problema de por que existe o negócio, de qual é a sua razão (jurídica) de ser – em suma, a sua causa”, negando-lhe ou atribuindo-lhe juridicidade, ou seja, como meio conformador da vontade (Moraes, 2010, 296-297, 304-305) ou da necessidade negocial.

Essa distinção também seria levada a cabo quando da análise, por meio das causas concreta e abstrata, dos efeitos dos contratos unilaterais, bilaterais e plurilaterais e no momento de aferição da corresponsividade ou do sinalagma entre as prestações pactuadas em cada negócio. A ideia de corresponsividade não se circunscreve à existência de obrigações recíprocas, como se viu no Código Civil dos franceses (arts. 1.102 e 1.103), mas também abrange a reciprocidade entre as prestações principais e correlatas, existindo entre as prestações um nexo de funcionalidade em que uma seja razão jurídica da outra (Código Civil italiano, arts. 1.467-1.468). Pode-se extrair a corresponsividade dos arts. 475 e 476 do CC brasileiro por uma prestação ser a causa da outra, sendo a resolução da relação contratual possível mediante a retirada da justificativa causal do pacto, em face do inadimplemento ou do adimplemento defeituoso da obrigação, ou seja, pela quebra da corresponsividade de uma parte em relação à outra. A corresponsividade se encontra presente, além de nos contratos bilaterais e plurilaterais, em contratos coligados ou nos contratos atípicos, ainda que o sinalagma não esteja previsto pelo legislador, sendo sempre um negócio corresponsivo se puder a relação negocial ser resolvida pelo inadimplemento e (ou) pelo adimplemento defeituoso (Moraes, 2010, p. 306-310).

A causa abstrata e concreta contratual foi debatida pelo Superior Tribunal de Justiça na qualificação do contrato de *leasing*, visto ser a opção de compra com o pagamento do valor residual ao final do contrato uma característica essencial do *leasing*. A cobrança antecipada do valor residual nas prestações mensais transmuda o contrato para compra e venda a prazo, a desaparecer a causa do contrato de *leasing*, como alude o enunciado 263 do STJ. O próprio STJ cancelou este enunciado e editou o de número 293, com o seguinte teor: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”, porque a diluição do valor residual nas prestações não impede a compra ao final do bem, mesmo que com valor simbólico, a reafirmar a importância da causa contratual (ver outros exemplos de causa em STJ – HC 11.551. 4ª Turma. Rel. Min. Barros Monteiro.

DJ de 5.6.2000; RESP 44.456. 3ª Turma. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJ de 16.05.1994).

Destarte, deve haver uma união entre as causas abstrata, concreta e objetiva, visto que os aspectos relacionados às duas primeiras causas jungem-se à função socioambiental do negócio, a realizar o encontro concreto dos interesses abstratos dos negociantes (CC, arts. 421 e 2.035) e do que foi negociado, perfazendo o tríplice papel atribuído à causa: (i) conferir juridicidade ao negócio típico, atípico, misto e nas chamadas redes contratuais; (ii) delimitar a função socioambiental desempenhada pelo pacto; (iii) qualificar os efeitos e a disciplina de cada negócio, conformando a liberdade de contratar e a liberdade contratual.

Verificada, brevemente, a ideia de causa negocial, cujo sentido é o de causa final no sentido aristotélico e é um fator que pode proteger prioritariamente a vítima no bojo das relações negociais, a partir de uma adequada interpretação do negócio, passa-se à apreensão do sentido do significante causalidade na seara da responsabilidade civil e consumerista. Nessas, a causalidade se insere como elemento do dever reparatorio, diferentemente da perspectiva de causa na seara negocial, por estar mais atrelada às ideias de causa eficiente aristotélica e de probabilidade, a viabilizar o diálogo do Direito com outras áreas do conhecimento, como sustentado nesta tese. Antes, contudo, de se esmiuçar o conteúdo da causalidade, deve-se apontar o que se entende por responsabilidade civil e consumerista e onde se encontra a casualidade no itinerário percorrido pela vítima para que obtenha o cumprimento dos princípios de precaução, de prevenção e de reparação integral e o da primazia da vítima.

Pode-se entender a responsabilidade civil e consumerista como um juízo valorativo que reprova condutas e gera o dever de reparar, a ser imputado àquele que violou um dever ou uma obrigação jurídica preexistente de não lesar outrem. Esta violação pode derivar de comportamentos lícitos, ilícitos, comissivos ou omissivos, aferindo-se (ou não) a culpa ou dolo, não sendo possível para parcela majoritária da literatura jurídica e da jurisprudência, a existência de responsabilidade sem dano. O dever sucessivo de reparar o dano pela indenização do dano material tem o condão de colocar a vítima em uma situação igual ou parecida, em que ele estaria se não houvesse o evento danoso, e pela compensação do dano extrapatrimonial, a conferir um lenitivo à vítima (Cavaliere Filho; Direito, 2004, p. 50).

A consecução da responsabilidade civil ou consumerista tradicionalmente

perpassa por uma sequência estrutural dividida em cinco etapas: 1ª – enunciado normativo que dispõe sobre o dano; 2ª – fato jurídico antecedente (ato ilícito¹, fato jurídico ilícito *stricto sensu*, ato-fato ilícito, ato-fato lícito ou atividade jurídica civil ou consumerista); 3ª – fato jurídico consequente (dano); 4ª – primeira série de efeitos derivados do fato danoso “pretensão da vítima e dever reparatório do lesante e (ou) do responsável = responsabilidade civil ou consumerista”; 5ª – segunda série de efeitos ou a reparação do dano, com o exercício da pretensão ou do direito pela vítima e a reparação pelo responsável (Baptista, 2003, p. 32).

Percebe-se que a causalidade jurídica como elemento da responsabilização civil também está colocada em um platô destacado, como já o era desde a *Lex Aquilia*, com a exigência de que o dano fosse *corpore* “contato físico do autor do fato danoso com a coisa danificada” ou *corpori* “lesão material da coisa”. Além disso, o nexo causal no direito romano fundava-se na teoria da *conditio sine qua non*, que restringia a abrangência das demandas reparatórias, tendo em vista a necessidade de prova de uma causalidade estrita e direta. Esta restrição era minorada ao longo do desenvolver do instituto, mormente a partir das hipóteses de causalidade, para além daquela que exigia o contato físico com o bem ou com o lesado (Lemos, 2012, p. 143-144).

Dessa maneira, a discussão acerca da causalidade jurídica para fins reparatórios reforça a importância no âmbito da responsabilidade civil e consumerista, ao menos como tradicionalmente colocada, de se minorar as incertezas acerca da vinculação do evento danoso com o dano, visto que o acaso leva à irreparação do dano justamente por falta de nexo causal entre o evento danoso e o

¹ É relevante ter notícia da diferenciação feita por Fernando Noronha entre atos ilícitos (*stricto sensu*) e antijuridicidade. Os atos ilícitos *stricto sensu* seriam as ações ofensivas a direitos alheios vedados pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa, a partir de uma avaliação da conduta culposa ou dolosa. Os atos ilícitos encontram-se no âmbito da antijuridicidade, pois esta se percebe no momento em que um ato ou um fato humano ou natural contradiz o ordenamento, independentemente de qualquer juízo de censura a ser imputado a alguém, como os atos ilícitos *stricto sensu*, atos objetivamente ilícitos, ato lícito, mas que atinge terceiros, acontecimentos naturais que causem danos a bens, direitos e interesses no âmbito negocial e extranegocial (Noronha, 2010, p. 369-372). Destacam-se também as quatro modalidades de ato ilícito: a) absoluto ou *stricto sensu*, no qual inexistente uma relação jurídica prévia entre ofensor e ofendido, ou na hipótese de violação a direitos como os direitos reais e da personalidade, tidos por alguns como “absolutos”, classificação problemática na atual conjuntura da literatura jurídica; b) relativo, em que há uma ofensa aos deveres oriundos de um negócio jurídico ou de um ato jurídico *stricto sensu*; c) caducificantes, nos quais ocorre a perda de um direito, como a autoridade parental (CC, art. 1.638); d) nulificantes, em que as violações possibilitam a invalidade dos atos e dos negócios jurídicos (Sanseverino, 2010, p. 149).

dano. A incerteza, contudo, analisada sob o prisma de prioridade da vítima, pode ser um fator de ampliação das responsabilidades dos agentes, que devem levar em conta os riscos potenciais e conhecidos no momento em que produzem bens e serviços postos em circulação na sociedade. Um exemplo disso são os danos pós-consumo, que muitas vezes estão desvincilhados desta lógica de causa e de efeito e não devem ficar irreparados por tal condição (Lemos, 2012, p. 146-147).

Percebido, destarte, o quão relevante é a discussão da causalidade jurídica, enfrenta-se um primeiro questionamento: os fatores subjetivos (culpa e dolo) e objetivos (risco, equidade e garantia) de atribuição de responsabilidade ensejam a causalidade? A resposta parece ser negativa, uma vez que todos os mencionados fatores de imputação diferem da relação de causalidade, porque esta demonstra quem deve ser responsabilizado e quem é a vítima, vinculando-se objetivamente com o evento danoso e mediatamente com os citados fatores de atribuição, que indicam a extensão do *quantum* reparatorio por parte do responsável (Represas; Mesa, 2004, t.1, p. 580). Além do mais, o nexu causal também é necessário na responsabilidade oriunda de um fato lícito, por ser injusto que a vítima suporte o dano advindo de tal atividade lícita, cujo critério de valoração é o sacrifício, sem análise de culpa ou de dolo (Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t.3, p. 713-719), como acontece no Brasil (CC, arts. 188, 929, 930 e CF/88, art. 225, § 2º, da CF/88; STJ – RESP 686.486. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 27.04.2009).

Há exceções acerca da necessidade de nexu causal para a imputação de responsabilidade, como se verifica na hipótese de valoração da responsabilidade pelo critério objetivo agravado, no qual ao responsável se imputa o dever de reparar o dano não causado por ele, por seus dependentes ou por suas coisas, “embora ainda exija estreita conexão com uma determinada atividade, de forma que seja possível falar em risco inerente, característico ou típico desta”. Um exemplo de tal situação é a responsabilização do transportador no transporte oneroso ou gratuito de pessoas (CC, art. 735) (Noronha, 2010, p. 612).

Outros casos de responsabilização com ausência de nexu causal são aqueles atinentes aos seguros de responsabilidade civil e os fundos de reparação às vítimas de específicos prejuízos, como o fundo de indenização das vítimas do amianto (FIVA) ou o fundo administrado pelo escritório nacional de indenização dos acidentes médicos (ONIAM), ambos na França, ou o seguro DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre) no Brasil. Esses casos de imputação de

responsabilidade sem nexo causal socializam a reparação e visam proteger a vítima, que é reparada *ipso facto*, sem nenhuma discussão judicial. A hipótese de dano nuclear (Lei n.º 6.453/77, arts. 4º e seguintes) afasta a necessidade de nexo causal, e a exoneração da responsabilidade do operador nuclear somente ocorre por culpa exclusiva da vítima. O direito francês também acolhe a responsabilidade por dano nuclear sem a presença do nexo causal (Lei n.º 68.943, de 30.10.1968, art. 10), exemplo claro de presunção de causalidade.

Confirma-se a importância da causalidade jurídica na responsabilidade civil e consumerista pela raridade de casos em que o rompimento do nexo causal viabiliza a responsabilidade de reparar, como na hipótese de dano nuclear e de alguns danos ambientais, cuja valoração é feita pelo critério objetivo de responsabilização, mas sem admitir excludentes, uma vez que o fato objetivo de atribuição da responsabilidade é o risco integral (Vieira, 2005, p. 116; Barroso, 2006; STJ – RESP 1.346.430. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 27.11.2012). Sabe-se que este entendimento é controvertido no direito pátrio, com base no argumento de que o direito brasileiro acolheu o princípio da reparação integral e não a ideia de risco integral, como se viu na Lei n.º 6.453-77, arts. 4º e seguintes, que afasta a necessidade de nexo causal na hipótese de dano nuclear, cuja exoneração da responsabilidade do operador nuclear somente ocorre pela culpa exclusiva da vítima. Desse modo, para esta segunda corrente, sempre haverá excludente do dever de reparar, bem como somente o risco inerente à atividade viabiliza a reparação por danos diretos e indiretos (Gramstrup, 2006, p. 125-140).

A colocação da causalidade em um papel central no que concerne ao dever de reparar possibilita a construção de pelo menos três sentidos para o termo, considerado, neste particular, como sinônimo de causa: (i) como categoria, a causalidade indica que todo efeito tem uma causa; (ii) como princípio, cada efeito tem uma mesma causa; (iii) como vínculo material ou fático, a ligar um fato natural ou cultural a um resultado (Mattozzi, 2000, p. 46).

A certeza é atingida pela projeção “mental da causa a partir do efeito, porque se tem como verdade que a causa é geradora de um efeito” (Capelotti, 2012, p. 72). Destarte, o nexo causal é um elemento fático-jurídico da responsabilidade civil e consumerista, e não somente fático ou jurídico, como sustentam alguns (ver discussão em Mulholland, 2009, p. 59), tornando-se o “espelho das consequências” (Castello Branco, 1977, v. 54, p. 206). Demonstra, portanto, a passagem de um estado

anterior ao dano ao estado posterior de ocorrência do dano, caracterizando a causa eficiente aristotélica.

É possível atribuir um primeiro sentido atribuível à causalidade, que acolhe a previsibilidade como critério enformador, vista por meio de uma conexão lógica e empírica entre fato danoso e dano. Isso porque o nexu causal é “uma espécie de liame fático que conecta a conduta lesiva ao dano propriamente dito”, sendo “*conditio sine qua non* para a verificação do dever de indenizar, dado que se encontra incrustado aos pilares que esteiam os preceitos hodiernos de responsabilidade civil” (Fachin, 2011, p. 369).

Essa previsibilidade pode ser extraída das construções realizadas por LOURIVAL VILANOVA e por MARCOS BERNARDES DE MELLO, haja vista que o princípio da causalidade jurídica demonstra a relação de determinação entre a eficácia jurídica, o fato jurídico e o enunciado normativo, com o enunciado normativo sendo a causa do fato jurídico e este a causa da eficácia jurídica (Vilanova, 2000, p. 27-28; Bernardes de Mello, 2007, p. 19-23).

A linha de pensamento supracitada segue a corrente filosófica favorável ao princípio universal de determinação, no qual nada surge do nada, nem se converte em nada, assim como nada acontece de forma incondicionada e completamente irregular, a ensejar sempre uma causa determinada e provável. Dessa forma, por tal princípio, que rege as relações naturais ou culturais, sempre que ocorrer uma determinação unívoca e constante da relação de causa e de efeito, restará configurada a causalidade (Bunge, 1997, p. 48-49).

A causalidade jurídica, nesta perspectiva, se diferencia da causalidade natural pelo nexu implicacional entre o enunciado normativo, o fato jurídico e as suas consequências. Além disso, a possibilidade de os efeitos não se realizarem no mundo social não afasta a relação de determinação entre o enunciado normativo, o fato jurídico e as suas consequências, por exemplo, quando o devedor, mesmo condenado, não possuir patrimônio para arcar com o adimplemento do dano arbitrado. BERNARDES DE MELLO entende que a “*causalidade no mundo jurídico* se restringe ao *princípio da causalidade normativa*, que define a relação de determinação entre a norma jurídica e o fato jurídico, estando no campo da *probabilidade* a relação de determinação entre o fato jurídico e sua eficácia” (Bernardes de Mello, 2007, p. 23-27). Essas reflexões levam à atribuição de dois sentidos à causalidade jurídica: um,

focado na previsibilidade pela determinação unívoca e infalível entre fato jurídico e dano – “causalidade como causa eficiente”; o outro, decorrente da ideia de probabilidade (Mulholland, 2009; Capecchi, 2012).

Passa-se a uma brevíssima digressão acerca da previsibilidade e da probabilidade. A *previsibilidade na linha de causa eficiente aristotélica* se perfaz com a concretização da causalidade pela efetivação do suporte fático previsto no enunciado normativo, a viabilizar a incidência da normativa e o surgimento do fato jurídico correspondente. Como a incidência é infalível, comprova-se a efetivação do princípio universal da determinação unívoca e constante por condição externa, qual seja a causalidade jurídica lastreada na previsibilidade de ocorrência do evento, com a incidência do enunciado normativo sendo a causa e o fato jurídico o efeito (Bernardes de Mello, 2007, p. 24).

A concepção acima é ratificada por PONTES DE MIRANDA, embora tenha ele sustentado a ideia de probabilidade da causação entre o fato danoso e o dano, em que não se exige que um específico fato tenha solitariamente causado o dano, porém “sem êle não se haveria causado o dano”. Este autor utiliza a teoria da conexão adequada e a teoria da condição como correntes explicativas da causação do dano, a importar que este seja consequência do fato criador da responsabilidade (Pontes de Miranda, 2012, t. 22, p. 265-266). Nesse passo, o autor alagoano, não obstante trate da probabilidade, mantém-na vinculada aos pressupostos trazidos pela causalidade baseada na previsibilidade.

A causalidade previsível pode se encontrar em várias formas de expressão do Direito, por exemplo, na lei, como nos arts. 186, 403 e 927 do CC e nos arts. 12 e 14 do CDC, pois o ato ilícito *stricto sensu* e o fato do serviço dependem de certa comprovação do vínculo entre o fato danoso e o dano, lastreando-se, portanto, na previsibilidade relacional entre o evento danoso e o dano; na jurisprudência, “quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato, sempre, e por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva” (STF – Recurso Extraordinário n.º 130.764-1. 1ª Turma. Rel. Min. Moreira Alves. J. 12.05. 1992; Enunciado 491/STF; no mesmo sentido: STJ – RESP 1.164.889. 4ª Turma. Rel. Des. Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. DJ-e de 18.11.2010).

Dessa forma, a ideia de nexo causal independe de uma “previsão ou consideração normativa”, uma vez que a imputação do dano ao responsável é uma

questão jurídica (Martins-Costa, 2003, p. 94), a demonstrar quão relevante é o sentido que se atribui ao significante causalidade. Ratifica-se isso por ser a causalidade o meio de acesso à reparação, como se viu no caso julgado TJRJ, no qual se negou o auxílio acidente previdenciário a uma pessoa que o postulou em decorrência de enfermidade advinda de atividade laborativa. Ocorre que o laudo pericial afastou o nexo causal entre as enfermidades e a atividade profissional, o que é “condição *sine qua non* para a concessão do benefício em sede previdenciária” (TJRJ – Apelação Cível 0014653-86.2009.8.19.0066. Rel. Des. Cláudio Brandão de Oliveira. 16ª Câmara Cível. J. 7.01.2013). O nexo causal, por conseguinte, depende mais das escolhas “político-filosóficas do que de evidências lógico-rationais” (Moraes, 2003, p. 21, 206-207).

No direito anglo-saxão, ante o pragmatismo jurídico que lastreia aquele sistema, os juízes fazem política jurídica e indicam se há (ou não) causalidade em cada caso analisado (Couto e Silva, 1997, p. 238). No direito continental também se fazem valorações acerca do nexo causal, como se extrai da hipótese julgada pelo Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.202.159. 1ª Turma. Min. Benedito Gonçalves. DJ-e de 7.10.2011), em que se discutia a possibilidade de reparação de danos materiais e extrapatrimoniais para hemofílicos que se diziam contaminados com o vírus HIV em transfusão de sangue realizada em unidades hospitalares de responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro e da União. O STJ, porém, entendeu não haver nexo de causalidade entre o fato danoso e o dano, e impediu a reparação dos danos, como decidido pelo tribunal de origem, tendo utilizado os seguintes critérios:

No caso específico, todos os Autores receberam transfusão de sangue na rede particular, em sua grande maioria no Centro de Hematologia Santa Catarina – CHSC, e alguns autores também na rede pública. Todavia, à época do contágio dos mesmos com o vírus HIV ainda não havia um diagnóstico preciso sobre a AIDS, e, por consequência, não existia um teste eficiente que pudesse detectar a doença na amostra de sangue do doador voluntário.

– Os Autores foram submetidos a transfusões de sangue e contaminados em época em que sequer havia conhecimento detalhado sobre a AIDS, o vírus HIV, suas formas de contaminação e métodos de prevenção e detecção.

– Não se poderia exigir da União e tampouco do Estado do Rio de Janeiro a devida fiscalização do sangue, de forma a se detectar a existência do vírus HIV, se ao tempo da contaminação não havia uma previsibilidade de contágio da AIDS por transfusão de sangue. Com efeito, não se pode responsabilizar os Réus pela demora da ciência no desenvolvimento do teste de detecção do vírus HIV. Não se pode imputar aos Réus o descumprimento de um dever inexistente.

– Excluído o nexo causal, não há como imputar à União Federal e ao Estado do Rio de Janeiro qualquer responsabilidade civil pelo ocorrido.

Como se percebe, o critério previsibilidade, supedâneo do primeiro sentido da causalidade jurídica, foi e é adotado para a aferição do nexo de causalidade, mesmo aplicando-se ao caso analisado o critério objetivo de valoração da responsabilidade.

A previsibilidade, entretanto, não abarca todos os casos de acesso ao direito reparatório, tendo em vista que a relação causal entre o fato danoso e o dano pode ser de difícil aferição probatória (CPC, art. 131) em um caso concreto. Nessa linha, o evento danoso pode se projetar por intermédio de várias condições multiplicadoras, majorando o grau de complexidade para se estipular a relação de causa e de efeito entre o fato danoso e o dano. Torna-se então necessária a realização de escolhas valorativas sobre quais causas são relevantes para a atribuição (ou não) da responsabilidade a alguém pelos danos causados (Ewald, 2000, p. 169).

Dessa dificuldade emerge a possibilidade de se falar em probabilidade, visualizada estatisticamente e (ou) logicamente por meio da construção filosófica empiricista, traduzida para o Direito pela ideia de *presunção de causalidade*. A incursão na probabilidade possibilita um diálogo do direito brasileiro com aquele dos países de sistema de *common law*, que também enfrentam questões relacionadas à reparação de danos e cujas decisões nestas demandas se embasam na verossimilhança, lastreada nas regras da experiência, como fator de reconhecimento de que determinado(s) fato(s) danoso(s) tenha(m) causado o dano sofrido pela vítima (Vidal, 2007, p. 506). A verossimilhança também se encontra presente no direito brasileiro, como se verifica dos arts. 6º, VIII, do CDC e 273 do CPC, a referendar o citado diálogo sistemático.

Como se vê, ambos os sistemas jurídicos, apesar das diferenças existentes, detêm uma finalidade comum, haja vista que a causalidade conecta eventos fáticos diversos que se tornam jurídicos por associação (Deleuze, 2001, p. 60) e possibilita uma resposta àquele que imputa a responsabilidade pelos mencionados eventos a alguém. Nessa linha, a probabilidade pode advir das concepções empiricistas de causalidade, em razão de três características: “a) os eventos têm uma existência independente da observação humana; b) portanto, o conhecimento dos fatos passados é possível, a princípio; c) contudo, o juízo sobre a verdade dos fatos passados só pode ocorrer segundo parâmetros probabilísticos” (Marcheis, 1991, p. 1.144; Represas; Mesa, 2004, p. 589). Isso demonstra que o diálogo entre o Direito e

as demais disciplinas é relevante, sem olvidar que cada área do conhecimento possui as suas especificidades, o que deve sempre ser respeitado.

Desse modo, a corrente empiricista valida o soerguimento da categoria jurídica presunção de causalidade, com o fito de minorar o ônus probatório imposto à vítima, a flexibilizar o nexo causal, como, por exemplo, fez o direito suíço também utilizando a verossimilhança como padrão aferidor da presunção de causalidade, sempre que não se tiver certeza acerca do nexo causal ou se a prova para tanto não for de ônus de uma das partes (Hironaka, 2005, p. 328-332).

Hipóteses de presunção de causalidade estão esteadas em uma normalidade fática existente em determinados casos geradores de danos reparáveis, como naqueles enquadrados no art. 927, § único, do CC (Sampaio da Cruz, 2005, p. 17), nos de danos ambientais (Morato Leite; Carvalho, 2007, p. 82), de ruína em edifício (Pereira, 2011, p. 156), entre outros, a fim de ampliar as hipóteses de reparação. Presencia-se, outrossim, a probabilidade quando a causalidade jurídica não se expressa na relação fato jurídico e eficácia, haja vista que a eficácia não é necessária, unívoca e constante, e pode não ocorrer, como nos casos de testamento, de negócios jurídicos sob condição suspensiva, negócios jurídicos nulos, entre outros, a configurar a ideia de probabilidade. Isso leva a uma relação de determinação condicional na qual o fato jurídico é o condicionante (antecedente) e a sua eficácia o condicionado (consequente) (Bernardes de Mello, 2007, p. 24-25).

Na presunção de causalidade, faz-se um juízo abstrato sobre a existência do evento danoso caso determinado(s) fato(s) não tivesse(m) acontecido. Essa prognose retrospectiva é criticada pelo fato de sua verificação estar atrelada a saber, anteriormente, qual a causa do resultado danoso (Vidal, 2007, p. 486), a viciar o mencionado juízo hipotético. Essas reflexões apontam para uma insuficiência de se atribuir somente critérios lógicos à aferição de provável causalidade, com a perquirição do nexo causal a se tornar um juízo de valor acerca da relevância (ou não) de determinados fatos para a sua configuração (ou não) em um caso concreto.

Diante disso, pode-se analisar a presunção de causalidade sob um viés mais vinculado à probabilidade estatística, desde que esta estatística não seja utilizada em um percentual majorado e gere a exclusão de diversas situações danosas à vítima. Com essa ressalva, a probabilidade estatística pode se aproximar da ideia de causalidade complexa e ensejar respostas diferentes daquelas encontradas pela causalidade previsível ou pela presunção de causalidade anteriormente explicada, em

razão de uma maior ou menor flexibilidade analítica ou probatória do nexos causal em um caso concreto.

Como se verifica, a previsibilidade e a probabilidade permeiam a ideia de causalidade jurídica, sendo importante afirmar que os modelos de construção da causalidade jurídica baseados na previsibilidade e na probabilidade indicam a predominância de cada modelo, e não a de exclusividade de um sobre os outros. Isso porque “descrever um tipo é, forçosamente, pôr entre parênteses uma série de marcas e notas que imprimem a cada espécie sua inconfundível singularidade” (Barbosa Moreira, 2003, p. 179).

As reflexões produzidas neste tópico, por conseguinte, demonstraram uma semelhança dos critérios “previsibilidade e probabilidade”, utilizados por áreas do conhecimento como o Direito, a Filosofia e a Física, para atribuírem sentido ao significativo causalidade. Esse diálogo se perfaz com a adequação dos critérios de acordo com as especificidades de cada disciplina, sem que haja uma hierarquização de um saber em relação ao outro.

Nessa esteira, a extensão das controvérsias a respeito da tentativa de se trabalhar sentidos possíveis para a causalidade jurídica a torna, quiçá, o mais difícil elemento a ser provado pela vítima que busca a responsabilização civil ou consumerista daquele a quem se procura imputar a responsabilidade pelo dever de precaução, de prevenção e de reparação. Para dar conta dessa comprovação da causalidade, deve-se, inicialmente, examinar as teorias que tratam do nexos causal, objetivo do próximo item, intentando aferir o mérito e as insuficiências destas teorias, que conferem respostas distintas, embora estejam ancoradas nos dois critérios mencionados: *previsibilidade e probabilidade*.

1.2 TEORIAS SOBRE O NEXO CAUSAL: AINDA A PREVISIBILIDADE E A PROBABILIDADE

Elucidados os critérios utilizados pela literatura jurídica e pela jurisprudência brasileiras para a análise do nexo causal, tem por objetivo este item apontar as principais teorias do direito continental e do direito anglo-saxão a respeito do nexo de causalidade, que se dividem em: *teoria generalista – equivalência das condições; teorias individualistas – causa eficiente e causa preponderante, teoria da ação ou da causa humana, teoria do seguimento ou da manifestação danosa, causalidade adequada, dano direto e imediato, escopo da norma jurídica violada, da causalidade específica e da condição perigosa, da causalidade imediata e da variação, da causa impeditiva, teoria distintiva da causa e da condição pura e simples, teoria da relação de causalidade por falta contra a legalidade constitucional; teorias do direito norte-americano – causation as fact e proximate cause.*

Essas teorias demonstram que a causalidade jurídica demanda um juízo valorativo do fato jurídico pelo intérprete, como destaca FRANÇOIS EWALD:

(...) a realidade não corresponde ao esquema demasiado simples de uma conduta-causa que produz um dano-efeito. As coisas, nem pelo lado da causa, nem pelo lado do efeito, nunca são tão bem delimitadas. Essa conduta é situada, tem antecedentes; ela própria é causada; não teria produzido esse efeito sem o concurso de outros elementos. A partir do momento em que se olhe de perto, as causalidades são sempre complexas, múltiplas, entrelaçadas. Se quiséssemos segui-las a todas, não poderíamos deter-nos naquela que seria a causa do acontecimento. Para se introduzir a responsabilidade no encadeamento indefinido das causas, é preciso fazer uma escolha que, evidentemente, nada tem de natural: ela própria não tem nas coisas a sua razão, mas no juízo que delas se faz (Ewald, 2000, p. 169).

Ressalte-se que as aludidas teorias jurídicas acerca do nexo causal tiveram gênese no seio da escola filosófica naturalista, de grande repercussão no final do século XIX, que tinha por intuito reduzir a investigação científica à empiria. O foco desta corrente era a avaliação dos modelos científicos, como o da Biologia, o da Física e o da Psicologia. Dessa maneira, se o Direito quisesse ser considerado Ciência, deveria se afastar de critérios valorativos e se basear em métodos empíricos e avalorativos (Greco, 2013).

Ocorre que a valoração é inerente a qualquer Ciência, o que não é diferente no Direito, que tem se tornado cada vez mais valorativo, como se verifica quando se estuda a causalidade jurídica. Desse modo, a valoração da causalidade encontra-se imantada em cada um dos aportes teóricos criados para manejar tecnicamente o fenômeno da causalidade jurídica em cada caso, como se percebe com mais de uma dezena de teorias construídas para tal mister.

Essa valoração da causalidade jurídica levou autores a elaborar um rosário de questionamentos sobre o assunto: a) a causalidade é uma questão insolúvel pelo fato de que “cientificamente serão consideradas causas de um dano todos os antecedentes sem os quais este não teria se verificado” (Ripert, 2002, p. 217); b) o estabelecimento de regras práticas sobre o nexos de causalidade não indicou resultados codificáveis sobre o tema, por falta de uma linguagem rigorosa, idônea, unívoca explicitadora dos princípios da causalidade (Trimarchi, 1967, p. 25), a justificar o amplo poder conferido aos tribunais para apreciá-las (Mattozzi, 2000, p. 25).

O problema, contudo, não é esse, mas de fundamentação por parte de quem julga, que, no mais das vezes, não cumpre com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, justamente pelo viés positivista-solipsista de tomada de decisão e esse é um dos pontos que se combate nesta pesquisa. Tais críticas justificam a importância de se esmiuçar as teorias do nexos causal com o objetivo de expurgar juízos intuitivos sobre o tema, até porque a censura retrocitada a tal análise centra-se na indesejável separação de áreas do conhecimento, pois aqueles citados autores consideram a verificação da causalidade muito filosófica e pouco jurídico-pragmática, como se um texto “claro” pudesse obstruir interpretações sobre o assunto.

A perquirição sobre as mencionadas teorias, portanto, é central para a compreensão de como a literatura jurídica e a jurisprudência operacionalizam a causalidade jurídica no país, já que a utilização de uma das teorias pode induzir resultados diversos, não obstante os critérios que permanecem orientando as referidas construções teóricas sejam a previsibilidade, majoritariamente, e a probabilidade, minoritariamente. Destaca-se que a verificação teórica a ser realizada permitirá que se saiba qual ou quais das teorias projetam a primazia da vítima, premissa fundante desta tese.

Independentemente do sentido atribuído pelas referidas teorias ao nexos causal, a escolha que se faz por alguma(s) da(s) teoria(s) em cada ordenamento

jurídica passa pelo alvedrio de decisões político-legislativas e (ou) judiciárias, como se deduz e induz das opções legislativas trazidas pelo Código Civil brasileiro e pelo Código Civil argentino, bem como dos julgados sobre o assunto.

A título de ilustração, o direito brasileiro traz somente um artigo de lei sobre o tema (CC, art. 403), como se extrai da sua redação: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Essa escolha político-legislativa gera várias críticas por parte da literatura jurídica, dentre outros motivos, por o citado enunciado normativo dificultar a reparação do dano indireto, bem como por topograficamente estar inserido no capítulo de responsabilidade negocial, não obstante seja aplicado também para os casos de responsabilidade extranegocial (Sampaio da Cruz, 2005, p. 21).

A opção do Código Civil brasileiro foi diferente, por exemplo, daquela indicada pelo Código Civil argentino, que detalhou o assunto nos arts. 901-906, entre outros, com base na teoria da causalidade adequada (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 608-622), indicada, não obstante a dicção do art. 403 do CC, por muitos autores brasileiros como aquela mais apta à colmatar a causalidade jurídica (Noronha, 2010; Fachin, 2011).

Há, outrossim, uma volatilidade decisória dos tribunais brasileiros quanto à(s) teoria(s) do nexos causal para preencher o elemento causalidade para fins de imputação do dever reparatório ao responsável pelo seu cumprimento, existindo decisões atécnicas sobre o tema (Tepedino, 2001, p. 9). Tal situação é assaz preocupante pelo fato de as decisões sobre a existência do nexos causal em um caso concreto ser intuitivas, diversas vezes, e se fundarem, consciente ou inconscientemente, em um “princípio do bom senso”, e não nos critérios trazidos pelas teorias relacionadas ao nexos causal. Isso pode intensificar a rasa cientificidade presente em algumas decisões judiciais sobre o assunto.

Exemplifica-se esta atuação pouco técnica de tribunais brasileiros com alguns julgamentos que geraram perplexidades na comunidade jurídica. Os exemplos são de três ordens: a) ausência de explicitação de qual a teoria do nexos causal foi adotada como razão de decidir; b) utilização concomitante de duas teorias em um caso; c) alteração, sem nenhuma justificativa, da teoria usada em uma decisão contrariando decisões anteriores da mesma turma julgadora de um determinado tribunal, seja para imputar a responsabilidade reparatória ao responsável e (ou) lesante, seja para

afastar tal imputação.

O primeiro exemplo foi extraído de um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – Recurso Especial (RESP) n.º 1.346.430. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 27.11.2012 >>. Neste caso, o STJ condenou a Petrobras a pagar danos materiais e extrapatrimoniais ao pescador artesanal pela impossibilidade da atividade pesqueira nos rios e nas baías de Antonina e Paranaguá, no Estado do Paraná, em consequência de dano ambiental praticado pela petrolífera. Ficou configurada a poluição das águas com o rompimento do poliduto “Olapa”, o que inclusive gerava incerteza quanto à viabilidade futura da atividade pesqueira, bem como da manutenção financeira da própria vítima e de sua família.

O acórdão entendeu pelo critério objetivo de valoração da responsabilidade, fulcrado na teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade “o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar”, de modo que aquele que explora a “atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela”. No acórdão, contudo, não há sequer uma linha acerca da teoria adotada para estabelecer o nexo entre o vazamento do poliduto e os danos causados à vítima, tendo sido explicitado somente que o nexo causal estava presente e que não havia excludente de causalidade por se tratar de responsabilidade civil ambiental.

O segundo exemplo advém de um julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) que afastou a responsabilidade de companhia de ônibus por morte de passageiro em tiroteio no interior do coletivo, utilizando, concomitantemente, as teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato. Além disso, indicou como parâmetro para julgar a ausência de nexo causal o dano direto e imediato: “não é possível, data venia, concluir-se que a morte do marido da autora, resultante do tiroteio que ele manteve com os assaltantes do ônibus, constitua dano direto e imediato resultante do contrato de transporte.” (RE 88.407. julgado em 7.08.1980; no mesmo sentido, misturando critérios ou fazendo confusão entre causalidade adequada e dano direto e imediato: STJ – ERESP 605.435. 2ª Seção. Rel. para acórdão Min. Raul Araújo. DJ-e de 28.11.2012; RESP 325.622. 4ª T. Rel. Des. Convocado. Carlos Fernando Mathias. DJE 10/11/2008; TJRJ - AC 1995.001.271, J. 7.3.1995; TARJ, Apelação Cível 9062/94, J. 13.12.1994).

O terceiro exemplo foi retirado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos

Territórios (TJDFT), em que a mesma turma julgadora, sem justificativa alguma e em um espaço de menos de cinco meses, utilizou em um julgamento a teoria do dano direto e imediato (Apelação Cível 20120110729639, 1ª. T. Cível. Rel. Des. Teófilo Caetano. DJ-e de 27.02.2013), e em outro, a teoria da causalidade adequada (TJDFT, Apelação Cível 20070710023763, 1ª T. Cível. Rel. Des. Flávio Rostirola DJ-e de 07.12.2012).

Há, também, julgados que explicitam a teoria utilizada (dano direito e imediato) e justificam a decisão tomada, como se viu em duas decisões do STF: (i) o primeiro afastou a responsabilização do Estado do Paraná, por ausência de nexo causal, na hipótese de dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes da prisão estadual (RE 130.764-1. 1ª T. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 07.08.1992); (ii) o segundo condenou o Estado do Rio Grande do Sul por crime cometido por preso que se evadiu oito vezes da prisão, configurando o nexo causal entre o fato danoso e o dano pela aplicação incorreta da lei de execução penal pelo Estado (RE 409.203. 2ª T. Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 20.04.2007). O relator do caso consignou que não havia semelhança entre este caso e aquele citado anteriormente, por ausência do fator tempo entre a fuga do preso e o crime cometido.

Parcela da literatura jurídica sustenta que essa volatilidade judicial “demonstra que o caos reinante em matéria de nexo causal corresponde não a insistentes equívocos do nosso Poder Judiciário, mas a uma deliberada abordagem do problema da causalidade de modo a lhe assegurar uma solução, por assim dizer, flexível (...) a garantir, na prática, reparação às vítimas dos danos” (Schreiber, 2013, p. 65).

Respeita-se profundamente a conclusão acima, todavia, acolhe-se a crítica feita por WIEACKER em relação ao receio de a jurisprudência sobre o tema se tornar um vetor de “justiça experimentalista”, com os julgadores, consciente ou inconscientemente, atendendo a outros interesses, como o anseio legislativo, político ou econômico, ao invés de tutelar a vítima (Wieacker, 1993, p. 627). Isso porque o uso equivocado (ou não) das mencionadas teorias do nexo causal serve tanto para imputar a responsabilidade àquele que deve reparar o dano, como para espancar tal possibilidade.

Salvo melhor apreciação, as decisões parecem amparadas em juízos discricionários, bem ao gosto da corrente juspositivista, embora esta concepção

esteja, no mínimo, enfraquecida por teorias críticas (ex.: Fachin, 2012) e (ou) pós-positivistas do Direito (ex.: Cárcova, 2009; Streck, 2011), por as duas últimas afinarem-se às dimensões do Estado Democrático de Direito, fator imprescindível de ser observado na atividade interpretativa contemporânea pelo intérprete, mormente o julgador.

Nessa linha, a complexidade para a aferição da causalidade, assim como as várias teorias a respeito do assunto não podem supedanejar julgamentos arbitrários ou discricionários pelos tribunais. O magistrado não pode julgar conforme a própria consciência, porque a interpretação do fenômeno jurídico e da forma de expressão do Direito utilizada para decidir um caso é construída intersubjetivamente, e não por solipsismos judiciais (Streck, 2010).

Feito esse breve relato das dificuldades inerentes às teorias do nexo causal, passa-se ao esmiuçamento filosófico-dogmático das premissas que as fundam, fazendo-se a seguinte observação para um adequado entendimento sobre o tema: a teoria generalista da equivalência das condições, dos antecedentes causais ou da condição *sine qua non* equipara as condições do evento danoso a sua causa; as teorias individualistas distinguem causa e condição, embora as duas categorias tenham por substrato a previsibilidade. As teorias do direito norte-americano trabalham com probabilidade de ocorrência do dano, não obstante possam atingir resultados iguais ou similares aos das demais teorias do direito continental fulcradas na previsibilidade.

É o que se desenvolverá a seguir.

(1) *TEORIA GENERALISTA: EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES, DOS ANTECEDENTES CAUSAIS, TEORIA OBJETIVA DA CAUSALIDADE OU DA CONDIÇÃO SINE QUA NON*

A teoria da equivalência das condições é a que mais se aproxima da causalidade fática ou natural, tendo em vista que o nexo causal é demonstrado por meio de todos os eventos considerados condições necessárias <<*conditio sine qua non*>> para o dano, a viabilizar a responsabilização do agente. Isso porque cada condição por si só não é eficaz para vincular evento danoso e dano.

O fundamento filosófico desta teoria advém do estudo de dois pensadores: (i) THOMAS HOBBS, que na obra *Elements of law: natural and politics*, aduz ser a causa o evento sem o qual o resultado não ocorre (Hobbes, 2008); (ii) JOHN STUART MILL, no livro “Sistema de lógica dedutiva e indutiva: exposição dos princípios da prova e

dos métodos de investigação científica”, indica que todas as condições indispensáveis para a produção do consequente dano devem ser estabelecidas como causa do evento (Mill, 1882).

Esse conteúdo filosófico influenciou juridicamente a construção da teoria, cuja gênese jurídica foram os estudos do processualista austríaco JULIUS GLASER e do penalista alemão MAXIMILIANO VON BURI. O primeiro apontava a existência (ou não) do nexu causal pela metodologia de suprimir mentalmente as origens do acontecimento danoso; caso o resultado dano desaparecesse com tal metodologia, é porque a causalidade fora identificada. O segundo publicou a obra A respeito da causalidade e da responsabilidade dela decorrente, e como magistrado do Tribunal Supremo do *Reichsgericht*, equiparava a causa a todas as condições para a produção do resultado, independentemente da proximidade delas com o evento. VON BURI sustentava ainda que além do nexu causal natural, que permite avaliar as condições para a ocorrência do dano, deve-se verificar a intenção do agente durante todo o desenvolvimento causal que ensejou o dano (Trimarchi, 1967, p. 26-27).

Ocorre que a abertura regressiva ao infinito na busca da causa geradora do resultado, conferida pela teoria da equivalência das condições, ensejou muitas críticas, com FRANZ VON LISZT tendo procurado delimitar a relação causal entre o evento e o resultado se este não existisse sem aquele, sendo possível o rompimento da cadeia causal por uma série de condições independentes, a contrariar a aceção de VON BURI:

Si A hiere mortalmente a B, patrón de uma lancha, pero éste se ahoga antes de que la herida haya producido la muerte, porque la lancha naufraga por um golpe de viento inesperado, entonces falta la relación de causalidade entre la manifestación de voluntad y el resultado producido. Cuando el marinerio herido es colocado, precisamente a causa de la herida, em la impossibilidade de governar las velas, siendo ésta la causa de que se produjera el naufragio de la lancha, entonces A causó la muerte de B por ahogamiento (Liszt, 1927, p. 293).

O esforço acima não foi capaz de afastar a indivisibilidade de condições, pois todas estas contribuiriam para a construção do todo (resultado danoso), sendo impensável se falar de uma causa única para o dano, tendo em vista ser impossível se dividir o resultado, principalmente se houver concausas, com todas as condições sendo consideradas como eficientes para o dano (De Cupis, 1966, p. 193-194). O máximo que se conseguiu foi admitir o rompimento da cadeia causal por outra que

fosse independente, mas caso isso não ocorra, a teoria da equivalência das condições se mantém hígida em seus pressupostos.

A equiparação entre a condição e a causa se perfaz pelo fato de as condições serem consideradas concausas para o resultado gerado pelo evento, salvo na hipótese antes descrita de suprimento da condição e do efeito, a confirmar a ideia de *conditio sine qua non*. Essa ideia é rechaçada por penalistas como ROXIN, que visa substituir a fórmula de supressão mental para se saber se determinada conduta é *conditio sine qua non* para o evento danoso pela realização da investigação causal, conforme as leis naturais (Roxin, 1997, p. 347-350). Dessa maneira, existe causalidade se da ação ocorrem modificações posteriores temporalmente no mundo exterior, de acordo com as leis da natureza e constitutivas de um resultado típico (Jescheck, 1993, p. 255), a demonstrar a insofismável vinculação da teoria da equivalência das condições com a causalidade vista por outras áreas do conhecimento.

Além da proposta de VON LISZT, outras construções foram erigidas com o intuito de limitar a teoria da equivalência das condições, para se evitar o regresso ao infinito das causas ensejadoras do dano, com o direito penal o fazendo pelos elementos subjetivos do tipo << culpa e dolo >>, como se percebe do art. 13, *caput*, do Código Penal brasileiro e dos arts. 40 e 41 do Código Penal italiano. Utiliza-se, outrossim, a dispensa da previsão certa do resultado, bastando, somente, a sua previsibilidade, como se vê nos casos de dolo eventual. Por isso, na área penal, o nexo causal serve apenas para as hipóteses de crimes materiais <<onde existe conduta humana e alteração no mundo exterior perceptível pelos sentidos>>, porque nem todo crime possui um resultado naturalístico, isto é, os crimes formais ou de mera conduta não necessitam do nexo causal porque não exigem o resultado (Brandão, 2010, p. 153-155). Essa teoria, entre outros fatores, justifica a responsabilização penal do cúmplice que, sem nenhuma participação material no crime, responde como se fora o autor material do delito (Mulholland, 2009, p. 139-140).

Essas reflexões fizeram com que a teoria da equivalência das condições tivesse aceitação em vários países (Roxin, 1997, p. 347), inclusive no Brasil, como se verifica do *caput* do art. 13 do Código Penal brasileiro, com o parágrafo único do mesmo artigo conformando-a por meio das concausalidades: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Nesse passo, se diferenciam as concausas absolutamente independentes das concausas relativamente independentes. As primeiras excluem o nexos causal e iniciam outra causalidade diversa, a afastar a responsabilidade do agente. Exemplifica-se: José, querendo matar Carlos, coloca veneno em sua comida, entretanto, antes da produção dos efeitos do veneno, Carlos morre atingido por um raio. Excluindo-se a conduta de José <<ministrar o veneno na comida de Carlos>>, o resultado morte permanece inalterado, com a sua conduta não sendo considerada a geradora do evento morte. As concausalidades relativamente independentes possibilitam a exclusão da condição e do resultado, sem afastar toda responsabilidade pelo evento danoso: José fere Carlos com a intenção de matá-lo, todavia, a vítima é levada ao hospital e, durante o trajeto, a ambulância capota, por imprudência do motorista, e Carlos falece. Diante disso, José responderá por tentativa de homicídio, e o motorista da ambulância por homicídio consumado, já que a morte se deu pelo acidente, mas, se não fosse o ferimento causado por José, Carlos não teria entrado na ambulância e não teria falecido (Brandão, 2010, p. 156-158). Para fins do Código Penal brasileiro, por conseguinte, a concausalidade relativamente independente superveniente que por si só produza o dano não impede a imputação de responsabilidades pelos fatos anteriores a ela.

Feito esse breve relato do direito penal, torna-se importante compreender como o assunto foi transportado para o direito civil, haja vista a diferença existente entre as disciplinas. A apreensão da teoria da equivalência das condições na civilística foi realizada com ressalvas por conta da sua amplitude desmesurada, embora existam adeptos dessa corrente. Essa adesão se percebe em autores como JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, MAZEAUD ET MAZEAUD, LALOU, DEMONGUE, MARTEAU, PLANIOL-RIPERT, HENRI DE PAGE (Sampaio da Cruz, 2005, p. 42), e em julgados de tribunais italianos (Capechhi, 2012, p. 58), brasileiros (ex.: TJDFT – Apelação Cível 2000 01 5 004598-3. 3ª T. Cível. Rel. Des. Vasquez Cruxên. DJ de 07.02.2001; TJRS – Apelação Cível 193081635. 4ª. Câmara Cível. Rel. Des. Márcio Oliveira Puggina. J. 12.08.1993), e, principalmente franceses (Viney, 2011, p. 302; Pereira, 2012, p. 78).

Colaciona-se um exemplo da jurisprudência francesa que utilizou essa corrente em um caso de acidente automobilístico gerador de complicações de saúde decorrentes do acidente. A vítima recebeu transfusão de sangue contaminado com vírus HIV, o que levou à condenação pela contaminação do motorista causador do

acidente: "Visto que várias causas produzidas sucessivamente foram condições necessárias do dano, todas são as causas, desde a primeira até a última, Decisão de 7/07/89" (Peteffi da Silva, 2009, p. 23).

É possível, portanto, estabelecer pelo menos quatro motivos para a adoção da teoria da equivalência das condições: (i) favorecimento da vítima com a majoração do número de responsáveis; (ii) função de "filtro negativo, a *conditio sine qua non*: se o fato ilícito foi indiferente para a produção do dano, não há como imputá-lo ao agente" (Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t. 3, p. 549); (iii) maior poder de análise da causalidade natural; (iv) majoração do fator de imputação subjetivo (ex.: Enunciado 492/STF) e objetivo, este somente em alguns casos, como se verifica, quanto a este último, na hipótese do art. 18 do CDC, haja vista a responsabilização da cadeia de fornecimento pelo dano gerado à vítima (Silva, 2007, v. 7, p. 190-191).

Sem desmerecer as vantagens retrocitadas, as críticas aos postulados da mencionada teoria no direito civil, extensível ao direito do consumidor, têm início na metodologia de verificação da teoria da equivalência das condições, que é feita em duas etapas: (i) analisam-se os antecedentes causais responsáveis para a ocorrência do dano; (ii) visto tais antecedentes, separam-se as condições que são juridicamente relevantes para viabilizar a imputação da responsabilidade ao agente, como feito no direito penal. A responsabilidade é mantida se, retirada a condição, o resultado desaparecer, pois, caso o resultado seja preservado, a condição não será a causa do dano. O processo de eliminação hipotética dos antecedentes é *ex post*, partindo-se do resultado para as causas que o geraram (Mulholland, 2009, p. 141).

Essa metodologia é modificada nos casos de conduta omissa, por ser impossível se realizar um juízo hipotético de eliminação, uma vez que tal causa não adentrou ao mundo fático, pois o não agir é o motivo gerador do fato danoso, devendo o lesante ter interrompido o processo causal. Faz-se, então, um juízo hipotético de acréscimo e não de eliminação, ou seja, acresce-se a conduta a ser praticada e se verifica a conservação do resultado danoso. Caso a resposta seja afirmativa, a omissão não causou o evento danoso; caso a resposta seja negativa, a omissão é causa do resultado danoso (Bedone, 2009, p. 114).

Dessas críticas emergem outras, demonstradas sem o intuito de exaurir o tema: (i) o exercício de pesquisa dos antecedentes demanda um pré-julgamento acerca da relevância da causa, sem que ela tenha sido testada concretamente (Capecchi, 2012, p. 59), a majorar o solipsismo judicial pela desconsideração abstrata

de uma condição que concretamente ocasionou o dano; (ii) as condições e as causas não podem ser equiparadas, uma vez que as primeiras são os elementos indispensáveis para originar o dano e as causas seriam as condições determinantes para o resultado danoso (Noronha, 2010, p. 588; Martins-Costa, 2003, v. 5, t. 2, p. 136); (iii) nem todas as condições do crime ou do dano são equivalentes, distinguindo-se fatores principais e fatores secundários relacionados ao dano (Cunha Gonçalves, 1937, v. 12, p. 440); (iv) mesmo com a proposição da limitação ao regresso, não se estabeleceram critérios para a seletividade dos fatores concretos para a determinação do resultado, bem como não se resolveu como solucionar o caso em que duas ou mais causalidades são aptas, por si só, para a produção do dano (Viney; Jourdain, 1998, p. 161-163); (v) o dever de reparar por esta tese não poderia ser atenuado por culpa ou por risco concorrente, por fato de terceiro ou da vítima, com um apego excessivo à causalidade natural, sem haver um recorte jurídico para a referida causalidade; (vi) enfraquecimento da função preventiva do lesante, haja vista os inúmeros responsáveis pelo dano (Capechhi, 2012, p. 60); (vii) a equivalência das condições permite um fortalecimento da metafísica, uma vez que cada um deteria uma parte da responsabilidade por todo o mal existente em sociedade (Carbonnier, 1985, p. 381).

As críticas acima levaram a outras conformações para restringir o aspecto avaliativo da teoria da equivalência das condições, como a classificação das concausas em relevantes ou irrelevantes, e das condições em positivas, negativas ou indiferentes. Essas tentativas, contudo, foram frustradas pela dificuldade de distinção entre tais critérios. Além disso, tentou-se limitar a cadeia causal pela culpabilidade e pelo dolo do agente, como no direito penal; no entanto, misturou-se uma reprovabilidade moral subjetiva (culpa ou dolo) com a aferição causal entre o fato danoso e o dano, não se aplicando a culpa nos casos de responsabilidade pelo critério objetivo de valoração da responsabilidade (Alterini, 1974, p. 145-147). A inserção da culpa ou do dolo como critérios conformadores da cadeia causal pode ser razoável no direito penal, embora neste se pregue a substituição pela teoria da imputação objetiva (Roxin, 2001; Jakobs, 1997; Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 581).

No direito civil, contudo, essa opção não é acertada, mesmo com a culpabilidade, o dolo e a relação de causalidade lastreando-se na previsibilidade da produção do dano, porquanto mistura nexo causal e nexo de vontade, que possuem flagrantes diferenças, como: (i) a aferição da causalidade ocorre pela previsão

abstrata (normalidade das consequências) do resultado danoso derivado do evento; a verificação da culpabilidade advém da previsibilidade concreta do resultado danoso; (ii) a previsibilidade do nexo causal se aponta de forma objetiva entre o fato danoso e o dano, com base nas regras da experiência e do cálculo normal de probabilidades, antecedendo a análise de culpabilidade e dos fatores objetivos de imputação (equidade, garantia e risco); (iii) não se percebem os diversos objetivos da responsabilidade penal, que necessita da tipificação do delito e tem por foco a punibilidade, e da responsabilidade civil, que trata da infração por violação ao princípio-dever do *neminem laedere*, sem necessariamente objetivar punição (ver Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 591-593), salvo em casos isolados.

As tentativas, porém, de conformação da teoria da equivalência das condições possibilitou um avanço, qual seja a distinção entre várias concausas, com a *conditio sine qua non* sendo uma determinada causa individualizada pelo critério adotado pelo intérprete (Sampaio da Cruz, 2005, p. 52), como se verifica nas teorias individualistas e naquelas do direito norte-americano.

Inicia-se, nos tópicos abaixo, a abordagem das teorias individualistas que, diferentemente da teoria da equivalência das condições, distinguem causa e condição, com a causa sendo a condição determinante para o resultado danoso. Nessa linha, MENEZES CORDEIRO entende que a última condição necessária para a ocorrência do dano é que determina o nexo causal com o fato danoso (Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t. 3, p. 532), a diferenciar a teoria da equivalência das condições das demais teorias.

(2) *TEORIAS INDIVIDUALISTAS: 2.1) CAUSA EFICIENTE E CAUSA PREPONDERANTE*

A primeira teoria individualista a ser referenciada é a da causa eficiente ou da causa mais ativa ou preponderante, que propõe a condição de maior eficácia como a que vincula fato danoso e dano, sendo relevante ressaltar a dificuldade de se apontar qual das condições necessárias é a de maior eficácia em um caso concreto (Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t. 3, p. 532). Os antecedentes causais para a verificação desta teoria, a fim de eliminar incertezas trazidas principalmente pela teoria da causalidade adequada, são: “(i) a causa que produz o resultado; (ii) a condição que não produz o resultado, mas de alguma forma remove o obstáculo para a atuação da causa; e (iii) a ocasião que favorece a operatividade da causa eficiente” (Sampaio da Cruz, 2005, p. 58-59).

Essas premissas ensejaram bitolas para concretizar a causa eficiente, com o objetivo de se vencer as mencionadas dificuldades para a efetivação de tal teoria:

(i) *quantitativo* (KARL VON BIRKMEYER) – entre as condições necessárias para o dano, há uma cristalina diferença de eficácia entre elas, qual seja, será a condição eficiente aquela que em uma análise quantitativa tenha produzido o dano. Questionamentos foram feitos a esta percepção: a) a culpabilidade não pode se embasar em uma relação tão estreita com a causalidade; b) a teoria não pesquisa os princípios físicos e os jurídicos para propor a eficácia na prática, sendo necessário conhecer qualitativa ou quantitativamente as condições para apontar a contribuição de cada uma para a produção do efeito, a torná-la ineficaz; c) mesmo se dividindo materialmente o resultado, a dificuldade persiste, em razão das múltiplas causas que podem ser eficientes para a produção do dano. Essas críticas são rebatidas com a afirmação de que, mentalmente, não é difícil analisar a condição eficiente para produzir o dano e, na impossibilidade de fazê-lo, todas as condições serão equiparadas como eficientes para tal mister; (ii) *qualitativo* (KOHLE E MAYER) – distingue entre condições estáticas, dinâmicas e forças impulsionadoras, com estas terceiras sendo consideradas as causas eficientes pelo fato de o dano depender delas para acontecer (ou não); com as outras duas primeiras sendo apontadas como meras condições. Dessa maneira, a causa eficiente seria a de maior eficácia, por meio de uma qualidade intrínseca no processo causal de acordo com o desenlace normal dos acontecimentos (Matozzi, 2000, p. 90), esta também de difícil mensuração em um caso concreto.

Outros autores (STOPATTO e CATHEREIN) tentam utilizar a teoria distinguindo causa, condição e ocasião, visto que todas concorrem necessariamente para o fato danoso, todavia, com desempenhos diferentes: a condição permite a atuação da causa, a ocasião é uma coincidência que favorece a causa e esta gera o dano. A condição não produz o efeito, mas desobstaculiza as barreiras para o aparecimento da causa, como, por exemplo, abrir a janela não é a causa da iluminação de um cômodo, mas a condição necessária para que a iluminação possa penetrar no ambiente. A luz também não é a causa de se ler ou de se escrever, e sim uma condição necessária para tais atividades. A ocasião é uma circunstância que auxilia a causa a produzir o seu efeito, como a noite constituir um período do dia que facilita a ocorrência de furtos e de roubos em uma região. Diante disso, a causa seria “la fuerza del ser que com su

acción produce un hecho cualquiera”, ou seja, aquilo que por sua atividade confere a outra existência (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 601-603).

As dificuldades trazidas pela teoria da causa eficiente fizeram com que BINDING, MÜLLER e MEZGER propusessem a teoria da causa preponderante e da causa relevante, respectivamente, na qual a causa é a condição que rompe com o equilíbrio entre os fatores favoráveis e os adversos para a produção do dano, isto é, a conduta que fizer prevalecer a condição positiva sobre a negativa, rompendo o citado equilíbrio, será o ato com que tem maior preponderância ou relevância na direção decisiva para o efeito operado (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 603). A teoria da causa relevante tem por finalidade pesquisar a previsibilidade objetiva, abarcando a estipulação do tipo penal e o resultado, com a relevância jurídica sendo adquirida no momento em que o ato se mostre proporcional e adequado para a produção do dano estipulado no tipo penal, com a pesquisa da relevância sendo realizada abstratamente (Roxin, 1997, p. 361). O TJDFR pretendeu utilizar esta teoria, mas o fez de maneira equivocada, pois indicou a preponderância da culpa, e não da causalidade, para manter a responsabilidade civil do lesante, tendo misturado a causalidade adequada com a preponderância causal (TJDFR – Apelação Cível 6854. 2ª Turma Cível. Rel. Des. Lúcio Arantes. J. 10.09.1980).

Mesmo com esses esforços e com a utilização da ideia de causa eficiente aristotélica, os autores favoráveis à teoria da causa preponderante e da causa eficiente não obtiveram êxito na atribuição de qual seja, dentre várias, a causa eficiente ou preponderante para o resultado danoso, a possibilitar uma imputação de responsabilidade desproporcional para algum agente, mesmo analisando as peculiaridades de um caso concreto, tendo em vista a complexidade fática que os envolvem, assim como focando mais na conduta do que na causalidade.

(2.2) *TEORIA DA AÇÃO OU DA CAUSA HUMANA*

Essa teoria foi defendida por ANTOLISEI e visa valorizar um conjunto de forças que cada ser humano domina nas relações em que os resultados possam ser causados por ele, a escapar somente o fato excepcional. Na relação causal há um fato positivo e outro negativo, com o primeiro significando a atividade humana como uma condição para o atingimento do resultado; o segundo evita que o resultado advenha de fatores excepcionais com eficácia decisiva em sua essência (Antolisei, 1947, p. 159). Essa

teoria confere uma relevância singular às excludentes que irrompem com o nexos causal.

Seguindo esse caminho, SEBASTIÁN SOLER distingue ação e causalidade, cujo foco é a concatenação material a ser atingida pela vontade do ser humano, considerada como “força produtora supercausal”, sendo equivocado tratar do problema da causalidade sob o viés naturalístico. Isso porque a vontade humana contém elementos não encontrados na causalidade natural, com a ação humana sendo criadora de resultados, e não a causa deles. Desse modo, o juiz resolve o caso concreto analisando toda a ação humana, verificando todo o cálculo feito pelo sujeito como força produtora supercausal, levando em consideração o cálculo, a probabilidade, a possibilidade, a ensejar uma causalidade intelectualizada. A aferição desta teoria passa pelo seguinte questionamento: o sujeito é autor de determinado resultado? Pesquisa-se a probabilidade concreta de a atuação do sujeito produzir o resultado danoso (Soler, 1963, t. 1, p. 300-301):

Ese juicio razonable debe tomar en cuenta, en primer lugar, el estado de cosas en que la acción fue emprendida, los cálculos hechos por el autor sobre el curso de los fenómenos y los que razonablemente debía hacer; debe examinarse finalmente el curso efectivamente seguido, y ver si en él no existe algún acontecimiento excepcional, fortuito y autónomo, es decir, no abarcado en el ‘programa’ de acción del sujeto (Soler, 1963, t.1, p. 301).

No direito brasileiro há um acolhimento da teoria proposta por SOLER ao possibilitar a avaliação concreta da causalidade adequada, a configurar a ideia de causalidade racional, ou seja, “o nexos causal é deduzido mediante um juízo de *razoabilidade de ocorrência do resultado*, juízo este que deve ser feito com vistas às circunstâncias concretas em que a ação se realizou”. Com isso, o juízo de razoabilidade normativo possibilitaria uma sistematização dos casos concretos e evitaria julgamentos casuísticos (Martins-Costa, 2003, v. 5, t. 2, p. 139-140). Essa perspectiva se encontra na teoria causalidade adequada, que também pode ser aferida concretamente, como se verá em momento oportuno. Nesse passo, a teoria da ação humana seria absorvida pela teoria da causalidade adequada.

(2.3) TEORIA DO SEGUIMENTO OU DA CONTINUIDADE DA MANIFESTAÇÃO DANOSA

Teoria criada por NOËL DEJEAN DE LA BÂTIE (1989) e acolhida na Argentina por BUSTAMANTE ALSINA. Para este autor, a mencionada teoria complementa a causalidade adequada, pois permite investigar os fatos em uma cadeia causal natural até um ponto razoável de verificação abstrata da previsibilidade acerca da

consequência do fato em que o alegado responsável interveio por ação ou por omissão. A teoria é utilizada para os danos em cascata produzidos sucessivamente por fatos danosos antecedentes e diversos, nos quais derivam um mal de outro mal, como na hipótese do animal doente que contamina os demais, fazendo-os falecer, a gerar o inadimplemento das dívidas do dono dos animais com os credores, o que levou ao suicídio o citado devedor (Bustamante Alsina, 1991, 1991-1378).

Nessa linha, cada fato isolado não pode ser considerado a causa do dano, mas somente a conjugação de cada fato diferente, sucessivo e causador de danos menores é que concretiza os danos experimentados pela vítima. O exemplo trazido por ALSINA esclarece a utilidade da teoria: uma pessoa é atropelada em via pública, chega ao hospital para uma intervenção cirúrgica e morre. O atropelamento teria sido a causa direta e imediata da entrada no hospital, e a morte, antes ou depois da intervenção cirúrgica, a causa indireta do evento danoso (Bustamante Alsina, 1991, 1991-1378).

As teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada, quiçá, não resolvem corretamente a questão acima, uma vez que a vítima não pode ficar sem reparação, o que ocorreria pela teoria da causalidade adequada. A teoria da causalidade adequada não explica o motivo pelo qual a pessoa, cujo comportamento anormal está na origem da cadeia causal, deve suportar as consequências. Diante disso, a teoria da continuidade da manifestação danosa busca os protagonistas que realizaram os males anteriores, determinantes para o dano em cascata, a partir das lesões para derivar a morte da vítima, sem abarcar todos os que participaram dos eventos (Represas; Mesa, t. 1, 2004, p. 605).

A metodologia de verificação da teoria do seguimento ou da manifestação danosa é a seguinte: deve-se seguir, sem descontinuidade, todo o mal causado pelos fatos, cujo início é o dano final, a remontar a cadeia causal com a explicação de cada fato defeituoso em decorrência do defeito do fato precedente até se chegar à ruptura da cadeia causal. No exemplo retrocitado, parte-se do evento morte, que não tem causalidade adequada com o ato cirúrgico, mas está vinculado com o atropelamento da vítima, competindo o dever reparatório pela morte ser acometido ao condutor ou ao proprietário do veículo. O atropelamento, portanto, é o foco da causalidade adequada para se atribuir a responsabilidade a um ou ao outro agente, podendo-se imputar responsabilidade a um sujeito indiretamente envolvido, ainda quando não seja consequência imediata da sua conduta (Bustamante Alsina, 1991, 1991-1378).

Por isso é que a teoria da causalidade adequada aparece conjuntamente com a teoria do seguimento da manifestação danosa, tendo em vista ser ela que efetivará a verificação causal e possibilitará a imputação do dever reparatório ao responsável. O seguimento danoso, portanto, jungido com a teoria da causalidade adequada, permite a investigação dos fatos em uma cadeia causal natural até o momento em que resulta razoável analisar a previsibilidade abstrata da consequência do fato em que a intervenção comissiva ou omissiva do alegado responsável possibilitou a ruptura da cadeia causal (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 606-607).

A teoria da continuidade da manifestação danosa ainda se lastreia na previsibilidade, o que pode deixar à margem diversos danos sofridos pela vítima, punindo-a com a ausência de reparação em diversos casos concretos.

(2.4) CAUSALIDADE ADEQUADA, TEORIA DA REGULARIDADE CAUSAL OU TEORIA SUBJETIVA DA CAUSALIDADE

Esta teoria foi enunciada por VON BAR, fundamentada por VON KRIES e desenvolvida por MAX RÜMELIN, por LUDWIG TRAEGER e por MAX MIHURKO no final do século XIX e ao longo do século XX, tendo repercutido em vários países, como na França, na Alemanha, na Itália, na Argentina, em Portugal, entre outros (Gherzi, 2003, p. 90; Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t. 3, p. 534-542; Le Tourneau; Cadiet, 1998, p. 269; Trabucchi, 2002, p. 1.186). No Brasil, a teoria da causalidade adequada divide espaço de acolhimento com a teoria do dano direto e imediato, pois ambas servem para conformar os exageros advindos da teoria da equivalência das condições (ex.: STJ – AG n.º 682.599. 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ de 14.11.2005).

A probabilidade matemática e os dados estatísticos da sociologia, segundo VON KRIES, devem ser observados pela teoria da causalidade adequada, distinguindo a probabilidade objetiva da probabilidade subjetiva. A primeira relaciona eventos que independiam do nosso conhecimento, e a segunda trata de eventos conhecidos. Desse modo, a construção da ideia da causalidade adequada entre um evento e um dano se baseia na razoabilidade e na previsibilidade, de acordo com o curso normal dos acontecimentos (*id quod plerumbe accidit*) (Noronha, 2010, p. 627).

Noutros termos, para a causalidade ser considerada adequada, não basta que a “causa/conduto seja antecedente ao dano, mas, sim, que esta seja adequada à produção do mesmo. Assim, será causa de um dano aquela que, em juízo probalístico

e abstrato, venha a melhor se adequar à sua consecução” (Fachin, 2011a, p. 371). Há, todavia, entendimento de que o juízo probabilístico deva ser concreto e não abstrato (Peteffi da Silva, 2009, p. 25), ponto que será discutido ao final do capítulo. Essa ideia probabilística da causalidade adequada possui liame com a concepção de causa para a filosofia empiricista, tendo em vista abarcar um número expressivo de casos semelhantes, a torná-la insuficiente quando esses elementos comparativos não se encontram presentes (Capelotti, 2012, p. 98).

A causalidade adequada permite que se encontre uma condição *sine qua non* mental e (ou) concretamente verificada, de acordo com a divergência acima, recorrendo-se à ideia de normalidade fático-social do evento. A causalidade adequada ratifica o sentido moderno do termo causalidade como o “de uma imagem ordenada do mundo, que é capaz de organizar”, sendo um postulado operacional (Castro Júnior, 2009, p. 107-108) que possibilita a distinção entre causa << fatores determinantes para o dano>> e condição << fatores que originam o dano >>. Modula-se, outrossim, a reparação com os fatos que a permeiam, como aponta o Enunciado 47/CJF ao tratar do art. 945 do CC: “Art. 945: O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada”.

A efetivação desta teoria passa pela seguinte indagação: no curso normal e natural das coisas, determinada causa é idônea e regular para produzir o resultado? A pesquisa acerca da previsibilidade da produção objetiva do fato lesivo, diante dos dados das ciências e da experiência, se perfaz por meio de um “prognóstico objetivo retrospectivo” (*ex post facto*), a fim de verificar a citada possibilidade objetiva de determinado fato regularmente possibilitar o dano experimentado, como alude GUSTAVO TEPEDINO:

Já nos termos da teoria da causalidade adequada, concebida pelo filósofo alemão Von Kries, (...) procura-se identificar, na presença de uma possível causa, qual aquela potencialmente apta a produzir os efeitos danosos, independentemente das demais circunstâncias que, no caso concreto, operaram em favor de determinado resultado. ‘Apreciado certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas – pergunta-se –, tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada (Tepedino, 2001, p. 10).

Ressalta-se que o estabelecimento da prognose retrospectiva do evento, chamada na *common law* de *forseability test*, para saber se ele regularmente produz

determinados efeitos danosos, depende de um juízo de probabilidades qualificadas de ocorrência do dano, por meio das seguintes características: a) o intérprete, colocando-se no momento da ação ou da omissão à época do fato, objetiva resgatar o passado de maneira mais fiel possível; b) após tal análise, o intérprete formula o cálculo de probabilidade de maneira abstrata, de acordo com o que ocorre usualmente, lastreado em uma perspectiva não somente da experiência do julgador, mas também na consciência do lesante sobre os eventos e sob a bitola do ser humano médio (Varela, 2005, v. 1, p. 892); c) ultrapassados esses dois momentos, deve-se catalogar uma pluralidade de casos, “porque de no ser así no responderia a un critério de experiencia sino de mera especulación” (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 614-615).

Diante disso, a existência de causalidade adequada é comprovada por um nexo fático, a gerar a indagação sobre as consequências danosas reparáveis, por meio da causalidade jurídica comprovada com a verificação da referida probabilidade abstrata, apontando se o dano, com a ausência do fato, teria se mantido (ou não), tendo em vista a necessidade de ocorrência da eficácia causal. Somente a causalidade que seja adequada é que possibilitará a imputação de responsabilidade ao causador direto do dano ou ao responsável pela reparação. Além disso, a teoria não ignora as condições necessárias cronologicamente anteriores, porém o exame da causalidade não é temporal, mas lógico, entre o fato danoso e o dano, isto é, eventos ocorridos em um espaço temporal distante podem ser adequados, desde que haja a conexão lógica e teleológica para a verificação da causação do dano (Clóvis do Couto e Silva, 1997b, p. 195).

Pode-se entender a causalidade adequada com o seguinte exemplo: uma pessoa é ferida levemente por outra e vai para o hospital, momento em que sofre um acidente automobilístico e falece. A causa adequada para a morte foi o acidente, e não o ferimento, haja vista a conexão lógica e teleológica entre o acidente e o evento morte. No exemplo acima, indaga-se: em uma situação abstratamente considerada, o ferimento ou o acidente são causas ensejadoras do falecimento da vítima? A resposta é o acidente, a configurar as condições indispensáveis para a efetivação da causalidade adequada e para a imputação da responsabilidade ao causador do acidente, e não àquele que feriu levemente a vítima, o que demandou que esta fosse ao hospital. Percebe-se a relevância da descrição detalhada das circunstâncias secundárias em relação ao evento danoso, pois elas podem levar a resultados diversos (Alberto Díaz, 1998, p. 73-74).

A adequação da causalidade pode ser examinada por dois tipos de formulação: a) positiva; b) negativa. Os partidários da formulação positiva, como TRAEGER, sustentam que a causa é adequada a um evento posterior quando favorece a sua ocorrência, a partir da aferição do fato danoso, da previsibilidade do dano como consequência natural ou efeito provável do citado evento lesivo, a afastar os danos de natureza extraordinária, não previstos pelo julgador experiente. A formulação negativa está plasmada em uma concepção ampliada em comparação com a formulação positiva, já que, de acordo com a experiência (ex.: CPC, art. 335), pesquisa-se se a causa apontada é inadequada (ou não) para a produção do dano, como ocorre com a presença de circunstâncias excepcionais, estranhas ou extraordinárias. A formulação negativa recebe maior adesão mesmo sendo ela dispensável na hipótese de a formulação positiva demonstrar que determinada causa é adequada para vincular fato danoso e dano (Noronha, 2010, p. 629-630).

A distinção entre os dois fatores é elucidada no seguinte exemplo: José agride Carlos com um soco e este falece, por ser portador de grave moléstia cardíaca. A formulação positiva afastaria a causalidade adequada, tendo em vista a morte não ser uma consequência normal de um único soco. Pela formulação negativa, admite-se o nexo causal, uma vez que a agressão não pode ser considerada extraordinária, indiferente ou estranha ao evento danoso, a se aproximar a causalidade adequada da teoria da equivalência das condições, embora sejam diferentes (Montenegro, 2001, p. 336).

Parcela da literatura jurídica indica as razões para a preferência da formulação negativa: (i) amplia a causalidade adequada, afastando-a somente nos casos de consequências totalmente indiferentes para a ocorrência do dano, abarcando também as hipóteses de formulação positiva e aquelas em que da causalidade não se extrai uma provável produção de determinados efeitos e mesmo assim se imputa responsabilidade ao agente; (ii) explica os danos diretos e os indiretos, como na responsabilização do titular do domínio e da propriedade de uma arma de ar comprimido que a empresta a um menor e com ela este atinge um terceiro; (iii) favorece a vítima pelo fato da inversão do ônus probatório para o lesante, que deve comprovar a incondicionalidade do evento para a produção do dano, pois, comprovada esta condicionalidade, presume-se a adequação causal. Esta presunção é fática ou material, e não legal (CC, arts. 212, IV e 230) (Noronha, 2010, p. 630-633); (iv) autoriza a imputação de responsabilidade nos casos de modificação do risco ou

da coisa a que pessoas estão expostas, a saber: como no caso acima mencionado, da morte de Carlos em decorrência do incêndio, e não por conta dos ferimentos leves causados por José.

A configuração delineada para a teoria da causalidade adequada permitiu que DE CUPIS erigisse a teoria da regularidade causal, predominante no direito italiano. Esta difere da teoria da causalidade adequada quanto à reparação do dano indireto, assemelhando-se, neste ponto, bem mais à teoria do dano direto e imediato (Capecchi, 2012, p. 78-79). Existe regularidade causal quando a causa é a condição que regularmente concorre para a efetivação do dano. Esta teoria admite sempre a reparação dos danos diretos, todavia, os danos indiretos dependem da existência da regularidade causal quanto aos efeitos, em uma interpretação ampliada do art. 1.223 do Código Civil italiano, que trata explicitamente de danos advindos direta e imediatamente como consequências do evento danoso. O exemplo trazido pelo autor italiano está adaptado: José estipula um contrato de locação com Carlos, proprietário do bem imóvel a ser locado. Carlos descumpre o contrato e não entrega o imóvel para José, que teve de locar outro imóvel, bem como realizar a mudança dos seus bens móveis; porém, estes bens móveis foram furtados ou deteriorados com a mudança. Diante disso, indaga-se: quais danos são imputados a Carlos? Pela teoria da regularidade causal, os danos oriundos da diferença do valor do aluguel das locações e do montante devido à transportadora pela mudança ficam a cargo de Carlos, no entanto, a deterioração dos bens móveis com a mudança e o furto de alguns destes bens não podem ser de responsabilidade de Carlos, por consistirem em acidentes ocasionais e não corriqueiros, como exige a mencionada teoria (De Cupis, 1966, p. 191-204).

Como se percebe, existem dois problemas atingidos por esta teoria: a limitação do dano reparável e o concurso de causas, sendo realizado um juízo de previsibilidade abstrata acerca da derivação normal do efeito de uma cadeia de eventos, como feito pela causalidade adequada. Daí decorrem duas críticas à teoria da regularidade causal: (i) amplitude do poder ao juiz para aferir a regularidade causal; (ii) confusão entre causalidade e culpa. DE CUPIS não entende a primeira crítica como depreciativa de sua teoria e rechaça a segunda crítica, uma vez que a relação causal não converge necessariamente para a ideia de culpa, como se vê nos casos de critério objetivo de valoração da responsabilidade, não renunciando o ordenamento, contudo, a regularidade causal (De Cupis, 1966, p. 205-206).

Não obstante a pequena diferença entre a teoria da causalidade adequada e a teoria da regularidade causal, as críticas apontadas para uma servem à outra, a gerar dois questionamentos: (i) o juízo probabilístico da causalidade adequada é somente abstrato, abstrato e concreto ou apenas concreto? (ii) quais críticas podem ser feitas a ambas as teorias?

O primeiro ponto gera uma divisão doutrinária, visto que uma primeira corrente defende que o referido juízo probabilístico acerca da causa do evento danoso seria somente abstrato, fundado no princípio da normalidade das consequências advindas de um comportamento, aferido pelos conhecimentos científicos e técnicos historicamente construídos. Dessa maneira, a normalidade é verificada se ocorre em um conjunto de casos daquela espécie e não somente naquele caso analisado, ante as circunstâncias específicas de uma hipótese concreta. A avaliação somente abstrata pela teoria da causalidade adequada ensejou a construção da causa eficiente e preponderante, cuja análise do citado juízo de probabilidade é concreta (ver Schreiber, 2013, p. 58-59; Represas; Mesa 2004, t. 1, p. 609).

Outra corrente defende que a análise da causa adequada deve ser concreta, porque são deduzidas da faticidade, como em um caso de acidente de trânsito no qual, em condições normais abstratas, o abalroamento poderia causar danos ao automóvel da vítima. Essa verificação, no entanto, deve ser feita diante das circunstâncias postas em julgamento, para que outros fatores como uma colisão anterior ou um defeito de fabricação possam, caso presentes, ser considerados adequados para a produção do dano (ver Clóvis do Couto e Silva, 1997b, p. 195; Tepedino, 2011, p. 479; STF – RE 88407. Pleno. Rel. Min. Thompson Flores. J. 07.08.1980; RE 460.812. 2ª. T. Rel. Min. Eros Grau. J. 08.05.2007).

A fragilidade de tal teoria pode ser ratificada com a hipótese levantada por MENEZES CORDEIRO: uma notícia falsa de um evento funesto não é causa adequada para a morte de uma pessoa, porém tal notícia dada a um cardíaco hipersensível pode ocasionar o seu falecimento, embora não haja adequação *a priori* entre a notícia e o evento danoso. Caso alguém saiba da condição desta pessoa hipersensível e conscientemente noticie o fato inverídico para matá-la, pergunta-se sobre qual seria a causa adequada para responsabilizar o agente que noticiou falsamente e acarretou o falecimento da vítima. O autor português alude que a causa adequada seria qualquer delas, porque sempre dependeria das circunstâncias do caso concreto, filiando-se à verificação concreta e abstrata da causalidade adequada. Desse modo, a fórmula

conferida pela causalidade adequada é vazia para traduzir a idoneidade do processo causal, a manter um juízo intuitivo e de senso comum sobre a causalidade entre fato danoso e dano (Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t. 3, p. 533-535).

As críticas a essas teorias, independentemente de a análise da causalidade ser abstrata e (ou) concreta, podem ser enumeradas de maneira não exaustiva: (i) ela demanda sempre um conjunto de casos, não podendo ser aplicada em um caso único, o que gera irreparação em situações novas e ainda não referenciadas pela lei, pela literatura jurídica ou pela jurisprudência (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 609-610); (ii) é uma teoria complexa que possui um caráter artificial de verificação, baseado em um caráter pseudocientífico, pois exclui os cursos causais anômalos em muitos casos em que é possível entender uma causalidade adequada, mesmo que não haja imputação de responsabilidade (Roxin, 2001, p. 361); (iii) quem, por qualquer motivo, não queira realizar o juízo *ex post facto* e utiliza a teoria de maneira atécnica, como visto em diversos julgados (ex.: STJ - ERESP 605.435. 2ª Seção. Rel. para acórdão Min. Raul Araújo. DJ-e de 28.11.2012), pode ensejar decisões perigosas para imputar responsabilidades (ou não) a alguém, sendo certo que a má aplicação de uma teoria é um caso para o qual muitas vezes não há vacina ou antídoto, tão somente recursos para outras instâncias jurídicas, com o fito de evitar solipsismos judiciais; (iv) a causalidade adequada para ser aceita deve fazer intervir circunstâncias realmente conhecidas pelo lesante e ignoradas por outras pessoas, a afastar a ideia de juízo abstrato de adequação, por ser uma fórmula vazia, não obstante se faça a análise do evento danoso também pela experiência do julgador e pela do ser humano médio, a manter tal questionamento acerca da impossibilidade de juízos abstratos para a aferição da adequada causalidade para a ocorrência de um evento danoso, mesmo que se avalie o processo causal e não somente o fato isolado, como prega PESSOA JORGE (1999, p. 393-394); (v) na responsabilidade ambiental, a causalidade adequada permite a distinção entre a responsabilidade do causador principal e daquele que somente contribuiu para o dano realizado, o que diminuiria a potencialidade de reparação para a vítima (Lemos, 2012, p. 168); (vi) a previsibilidade objetiva inerente à teoria causalidade adequada não apreende o princípio da precaução, uma vez que na apresentação de existência de um risco suspeito, característica da noção de precaução, toda referência à realização passada de alguns riscos, e, portanto, toda a ideia de probabilidade objetiva, não é excluída, haja vista que a precaução supõe um certo grau de ocorrência daquele risco (Tapinos, 2008, p. 140).

Além disso, a causalidade adequada, quando do exame de uma situação em que há uma normativa de proteção e de tutela indireta, depende de uma interpretação da normativa e não da prognose retrospectiva objetiva abstrata. Por exemplo, no caso de atraso de voo por responsabilidade da companhia aérea, deve-se estabelecer a extensão do dever reparatório em relação aos passageiros (Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t. 3, p. 535-536).

Os mencionados questionamentos, contudo, não impediram que a literatura jurídica << Tartuce (2013, p. 379), Caio Mário (2012, p. 78), Aguiar Dias (2011, p. 695) e Clóvis do Couto e Silva (1997a, p. 194-195) – Enunciado 47/CJF, entre outros>> e a jurisprudência (ex. STF – RE 481110-3. 2ª T. Rel. Min. Celso de Lello. DJU de 09.03.2007; STJ – AG 682.599. 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ de 14.11.2005) indicassem a teoria da causalidade adequada como a mais apropriada para o direito brasileiro. As aludidas críticas permitiram a formulação de outras teorias, a fim de que pudessem ser dirimidos os diversos questionamentos levantados contra esta que é uma das mais prestigiadas teorias que analisam a causalidade jurídica civil e consumerista no direito contemporâneo.

(2.5) *DANO DIRETO E IMEDIATO OU TEORIA DA INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL*

O estado de incerteza criado principalmente pelas teorias da causalidade adequada e pela teoria da causalidade eficiente e, possíveis, inadequações das demais teorias contribuíram para a construção da teoria do dano direto e imediato, prevista nos arts. 1.060 do CC/16, 1.151 do Código Civil dos franceses, 1.107 do Código Civil espanhol, 520-521 do Código Civil argentino, 1.223 do Código Civil italiano e 403 do CC/02, cujo substrato filosófico é a causa eficiente aristotélica.

Existe entendimento de que o direito romano conteria indícios desta teoria, em uma passagem do *Digesto* mencionada por Paulo, na qual o vendedor de trigo, a quem foi encomendada a entrega, não realiza a obrigação, a gerar a morte dos escravos por fome, com o vendedor não se responsabilizando pelas mortes. A responsabilidade é atribuída ao proprietário dos escravos, pois, em decorrência do inadimplemento, deveria ter tomado medidas cabíveis para evitar a ocorrência do evento morte. A conduta do dono dos escravos é causa estranha ao inadimplemento, a afastar a responsabilidade do vendedor de trigo (Mulholland, 2009, p. 166).

Diversas teorias foram erigidas para atribuir sentido à expressão direto e imediato, presente nos mencionados dispositivos, com um ponto em comum: “se há

uma violação de direito por parte do credor ou de terceiro, resta interrompido o nexo causal e, por consequência, libertado da responsabilidade está o autor da primeira causa. Mas quando a interrupção do nexo causal ocorria por fatos naturais, as divergências vinham à tona” (Sampaio da Cruz, 2005, p. 97).

Para sanar a citada divergência foi criada a subteoria da causalidade jurídica por **TOMASO MOSCA**: se existir um fato ilícito tido como causador do dano na ambiência do conjunto de complexos elementos naturais e voluntários, tal fato será indicado como causa do evento danoso, com os demais elementos sendo classificados como meras condições. Se há uma variedade de fatos ilícitos, reputar-se-á o último como a causa direta e imediata, e os demais como causas indiretas e mediatas do evento. A distinção feita pelo autor entre causa natural e causa jurídica demonstra que as causas serão somente os fatos ilícitos, com a determinação da causa direta passando pelo descarte dos fatos naturais e dos fatos voluntários lícitos. Desse modo, se o dano advier de um fato natural ou da conduta de uma pessoa inimputável, manter-se-á a responsabilidade do primeiro causador do dano, porém se o lesante for capaz, o primeiro causador do dano não responderá por este. Essa teoria exclui o fortuito como causa estranha e interruptiva do nexo causal (Alvim, 1995, p. 373-375).

Outra subteoria para indicar o sentido da expressão direta e imediata foi criada por **COVIELLO**, a analisar se a causa geradora de um novo dano o teria resultado caso fosse abstraída a conduta do devedor, autor do primeiro dano. A resposta positiva romperia com o nexo causal. A crítica feita a esta teoria deriva da dificuldade de se aferir a relevância do evento como produtor do resultado danoso, cujo fundamento legal era o art. 1.298 do Código Civil italiano de 1865, equivalente ao art. 399 do CC brasileiro de 2002 (Sampaio da Cruz, 2005, p. 99).

As referidas construções não alcançaram o êxito no objetivo colimado, tendo **DUMOULIN** e **POTHIER** criado a subteoria da necessariedade para vincular direta e imediatamente o dano ao evento danoso, o que foi seguido por **CAPITANT**, **HUC**, **GIORGI**, **POLACCO**, **CHIRONI** e **GABBA**. O parâmetro da necessariedade aponta que somente o fato danoso tido como efeito necessário de determinada causa é que enseja o dever de reparar, imputável ao agente. Isso restringe o espectro de acontecimentos mais próximos como hábeis para a produção do dano tanto no âmbito da responsabilidade negocial, como no da responsabilidade extranegocial. Esta teoria

também trata da *conditio sine qua non*, entretanto, tal condição deve ser necessariamente direta e imediata (Alvim, 1995, p. 356), como explica POTHIER:

(...) se uma doença contagiosa que foi transmitida a meus bois pela vaca que me foi vendida me impediu de cultivar as minhas terras, o dano que eu sofri pelo fato de minha terra ter permanecido sem cultivo parece também uma consequência do dolo desse negociante que me vendeu a vaca infectada, mas é uma consequência mais distante do aquela sofrida diretamente pelo meu gado. Contudo, seria ele também responsável, por tais danos? E, se pela perda que eu tive do meu gado, e pelo dano que eu sofri pela falta de cultivo das minhas terras, fui impedido de pagar as minhas dívidas, e meus credores sequestraram e venderam meus bens a preço vil, o negociante seria responsável também por esses danos? A regra a ser seguida nesse caso é que, a meu ver, somente não se deve incluir nas perdas e danos, pelas quais um devedor é responsável por motivo de dolo, aqueles danos que são uma consequência necessária, pois eles podem ter outras causas. No caso anterior, por exemplo, o comerciante não será responsável pelos danos que eu tenha sofrido pelo sequestro de meus bens, visto que esse resultado é só uma consequência distante de seu dolo e não uma relação necessária, porque, mesmo que a perda de meu gado, causada por dolo, tenha influenciado no desequilíbrio de meus bens, esse desequilíbrio pode ter outras causas (Pothier, 2002, p. 148-149).

Existem autores na literatura jurídica que, apesar de uma inicial discussão acerca da possível diferença entre os termos direto e imediato, interpretam essas expressões dentro do âmbito de “necessário” a, inicialmente, expurgar a reparação dos danos indiretos, exceto se se provar esse liame fundado pela necessariedade, conforme os fundamentos expostos a seguir: a) a culpa inicial não tem desempenhado um papel suficiente para a realização do dano; b) não há de fato prova de que sem a culpa inicial o dano não seria produzido; c) o vínculo de causalidade depende da necessariedade para se imputar responsabilidade ao agente, que carece de uma maior certeza vinculativa dos danos com a culpa (Tunc; Mazeaud; Mazeaud, 1963, v. 2, t. 2, p. 278-279), podendo-se estender para outras hipóteses de responsabilização civil para além da responsabilidade com culpa e dolo (Tepedino, 2001, p. 10). A necessariedade certa da causa para a produção do dano, independentemente de a consequência ser direta ou indireta, permite que as causas temporalmente distantes, mas com vinculação lógica com o evento danoso e com o dano, possam ser caracterizadas como deflagrações do resultado danoso.

Diante disso, os danos indiretos, reflexos, remotos ou em ricochete, em regra não são reparáveis, porque não são efeitos necessários do evento danoso por conta do aparecimento de outras concausas; porém, caso estas concausas não existam, tais danos indiretos serão reparados com base na referida ideia de necessariedade, o que para DE PAGE levaria à exclusão do termo dano indireto, pois o que é importante é a

presença da causalidade necessária, independentemente de o dano ser direto ou indireto (De Page, 1934, v. 2, p. 818). Destaca-se que no “plano patrimonial, a manifestação do dano reflexo ou por ricochete não se restringe às hipóteses previstas no art. 948 do Código Civil” (Enunciado 560/CJF), sendo exemplo de danos indiretos os arts. 12, parágrafo único e 952 do CC. O STJ acolheu este entendimento em um caso em que em que uma sociedade empresária de promoções artísticas pleiteava o dano patrimonial por ricochete sofrido pelo extravio das bagagens de um maestro que contratara para participar de espetáculos artísticos (STJ - RESP 753.512. 4ª T. Rel. para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão. DJ-e de 10.08.2010).

Pode-se dizer, portanto, que a teoria do dano direto e imediato, fulcrada na subteoria da *necessariedade*, admite o rompimento do nexo causal em duas hipóteses: a) no momento em que o credor ou terceiro praticam uma conduta considerada causa direta e imediata, provocadora de um novo dano; b) a consecução e um fato natural, como o caso fortuito e de força maior, é causa necessária para o dano. Na primeira situação, a vítima terá o direito de pedir a reparação do terceiro que causou um novo dano, porém, na hipótese de caso fortuito ou de força maior, se houver um rompimento entre o evento danoso e o dano, não haverá dever reparatório (Sampaio da Cruz, 2005, p. 104-106). A ideia de *necessariedade* jungida na teoria do dano direto e imediato, para alguns, afasta diferenças gritantes entre a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato (Peteffi da Silva, 2009, p. 40; STJ – RESP 2821. 3.T. Rel. Min. Gueiros Leite. J. 16.10.1990).

Além disso, é relevante aferir a hipótese de um concurso de causas postas nos arts. 1.518 do CC/16 e 942 do CC. Destaca-se que se não houver cumplicidade ou coautoria na multiplicidade de causas resultantes dos danos não haverá concausa, mas se cada causa possibilita a geração do dano, a concausalidade estará configurada (Couto e Silva, 1997b, p. 197). Uma das classificações possíveis para a concausalidade pode ser delineada em: a) concomitantes e com o mesmo grau de importância para a produção do dano, sendo necessário indicar qual delas é a preponderante para o evento e, isso não sendo possível, far-se-á a repartição do *quantum* reparatório, com base na culpa ou no risco concorrente; b) ou sucessivas, com uma delas sendo diretamente responsável pelo evento (Tepedino, 2001, p. 18-19).

Nessa linha, para diversos autores, como TEPEDINO (2001, p. 5), GISELA SAMPAIO (2005, p. 107), AGOSTINHO ALVIM (1995, p. 362), entre outros, a teoria do dano direto e imediato é a mais apta a lidar com a multicausalidade e com a

repartição de responsabilidades pela concorrência de culpa e de risco (CC, art. 945 e CDC, art. 13), o que teria levado o CC/02, diante do art. 403, a adotá-la. Não obstante isso, como apontado alhures, não houve consenso doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, embora na jurisprudência brasileira prevaleça o acolhimento da teoria do dano direto e imediato (STF – RE 130764-1. 1ª T. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 07.08.1992; RE 369.820-6. 2ª T. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 27.02.2004; RE 341.776. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 17.04.2007; STJ – RESP 888.420. 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux. J. 07.05.2009; RESP 858.511. 1ª T. Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki. DJ-e de 19.08.2008; RESP 719.738. 1ª T. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ-e de 22.09.2008; RESP 776.732. 2ª T. Rel. Min. Humberto Martins. DJ-e de 21.05.2007; RESP 1.113.804. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 24.06.2010; RESP 620.777. 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. DJ-e de 18.12.2009; utilização da terminologia causalidade adequada ou eficiente, mas, a rigor, utilizando a teoria do dano direto e imediato – STJ – RESP 29.636. 3ª T. Rel. Min. Nilson Naves. DJ de 17.05.1993; RESP 197677. 3ª T. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ de 17.12.1999).

As vantagens trazidas pela mencionada teoria não torna desimportante as críticas apostas pela literatura jurídica em relação a ela, mesmo com a utilização da subteoria da *necessariedade*: a) é difícil atribuir a uma condição a *pecha* de necessária para vincular o evento danoso e o dano, a depender em demasia do observador e de seu bom-senso, sendo certo que existem danos acidentais que devem ser reparados (ex.: CC, arts. 399, 862 e 1.218) e, pelo critério da *necessariedade*, não haverá tal reparação (Noronha, 2010, p. 625-626); b) pode haver uma dissonância interpretativa entre os arts. 403, 944 e 945 do CC, já que existe a possibilidade de redução do valor reparatório se ficar comprovada efetiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano produzido pelo agente, ou nos casos de culpa ou de risco concorrente, a valorizar a teoria da causalidade adequada, verificada em uma perspectiva de probabilidade danosa e de interrupção do nexo causal, visto que as concausas podem não excluir o dever reparatório, mas sim reparti-lo entre os causadores e (ou) responsáveis pelos danos.

Como se vê, a teoria do dano direto e imediato não é capaz de resolver os casos atinentes à causalidade jurídica, como também as demais teorias, fazendo-se necessário refletir sobre tal situação a partir de um juízo normativo concreto, uma

das premissas da ideia de formação da circunstância danosa, que procura inflectir para a primazia da vítima.

(2.6) *TEORIA DA NORMA VIOLADA, DA CAUSALIDADE NORMATIVA, DA RELATIVIDADE AQUILLANA OU DO ESCOPO DA NORMA*

A teoria da norma violada foi desenvolvida por ERNEST RABEL e KRAMER e angariou adeptos na Alemanha, na Itália, em Portugal e em vários outros países, por ser uma interessante opção em relação à causalidade adequada e às demais teorias. A primeira aplicação da teoria na Alemanha ocorreu em 1951, no caso do naufrágio do barco *Edelweiss*, que transportava trigo e ficou preso dentro de uma eclusa por desleixo dos funcionários do porto em liberar a água como estabelecia a normativa do porto. A causalidade foi aferida a partir da interpretação do conteúdo da citada normativa, confrontada com a situação fática delineada (Mulholland, 2009, p. 175).

Dessa maneira, a teoria da norma violada indica a causalidade jurídica em relação aos danos causados pelo evento danoso, por meio da *conditio sine qua non* conjugada com a violação do bem jurídico tutelado pela normativa jurídica, como se pode inferir do § 823, II, do Código Civil alemão e, por interpretação, do art. 563 do Código Civil português e do art. 1.223 do Código Civil italiano, o que pode ser extensivo ao art. 403 do CC.

Nessa linha, se um contrato é vulnerado e advêm danos dessa atividade contratual, a causalidade deriva do escopo do contrato, do sentido e dos deveres assumidos pelas partes. Não há uma formulação geral da causalidade, mas o fim protetivo e o espectro da tutela da normativa posta, a fundar a responsabilidade pelo dano também em situações extranegociais (Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t. 3, p. 537-548).

O magistrado pesquisará o âmbito normativo de proteção, a evitar a criação de um risco irrazoável, com a extensão da responsabilidade tendo como limite os eventos danosos resultantes do referido risco relacionado à conduta vedada, como exemplifica CAPECCHI: um motorista que estaciona o automóvel em vaga para deficientes (local proibido para o citado motorista) e é abalroado por outrem, não pode ter nenhuma responsabilidade sobre o evento abalroamento, visto que “*la norma non intendeva prevenire i sinistri, ma solo agevolare i soggetti portatori di handicap*” (Capecchi, 2012, p. 91).

Outro exemplo é trazido por NORONHA: um pedestre é atropelado, fica em estado de inconsciência, é abandonado na estrada pelo atropelador e sofre um furto. Pela teoria da norma violada, o motorista responde quanto aos danos causados pelo acidente e pelo furto. Caso haja fato da vítima em relação ao acidente, o motorista que deveria transportar o acidentado para o hospital responderá pelos danos oriundos do furto e pelo eventual agravamento das lesões. Se um terceiro passa e omite socorro, poderá ser responsabilizado pelo agravamento das lesões e não pelos danos advindos do furto, já que o âmbito de proteção normativo-civil e penal é a saúde e não os bens materiais da vítima, nesta última hipótese. Por isso, é que a responsabilidade se restringe aos eventos abarcados pelo risco, em função da qual a conduta é proibida pelo ordenamento jurídico (Noronha, 2010, p. 645-646).

A mencionada teoria obteve no direito anglo-saxão a denominação de *breach of statutory duty*, como se viu no caso *Gorris v. Scott*, em que uma embarcação naufragou no mar em decorrência das péssimas condições meteorológicas, o que gerou a morte de um animal que estava sendo transportado. O proprietário do animal ajuizou uma demanda reparatória contra a transportadora, com base na normativa que obrigava a embarcação a transportar os animais com as portas fechadas. O pedido foi julgado improcedente pelo fato de a normativa protetiva visar proteger o contágio de um animal com o outro, e não o de fazê-lo em relação às condições meteorológicas (Hart; Honoré, 2002, p. 275).

A teoria do escopo da norma, portanto, afere a causalidade, por meio da interpretação da normativa cujo suporte fático se estabelece (ou não) com a ocorrência do evento danoso, ou seja, o conteúdo e o fim desta normativa é que determinam a causalidade adequada e a imputação das responsabilidades pelo dever de reparar. Desse modo, a referida teoria provoca o seguinte questionamento: a conduta indicada como causa do dano ofende determinada normativa (ou não)? A resposta positiva ensejará, destarte, a responsabilização do agente causador do dano ou do responsável pela sua reparação, tendo em vista que o evento recairá no âmbito protetivo da normativa, que pretende evitar a criação de risco irrazoável (Capecchi, 2012, p. 90).

Críticas e elogios são feitos a esta teoria. Ela separa a causalidade natural da causalidade jurídica, a servir ao direito ambiental tanto na responsabilidade civil ambiental, como na aferição do descumprimento à função socioambiental da propriedade e no auxílio à responsabilização pós-consumo, quando se trata de

responsabilidade sem danos ou por danos potenciais (Lemos, 2012, p. 176-210). A teoria da norma violada auxilia nas hipóteses em que se encontrem dúvidas acerca do nexo causal e da ilicitude, embora VARELA critique aqueles que pretendem colocá-la no lugar da teoria da causalidade adequada, uma vez que em qualquer das responsabilidades, negocial ou extranegocial, a seleção dos danos reparáveis deve ser vinculada ao nexo causal (Varela, 2005, p. 902).

Não obstante a crítica acima, a teoria do escopo normativo tutela os casos não abarcados pelas outras teorias, podendo ser um interessante aporte teórico sintetizador dos quatro momentos para a formação da causalidade como pressuposto da responsabilidade civil e consumerista: (i) *conditio sine qua non*; (ii) adequada à normalidade social; (iii) ou provocada pelo agente para obter um fim; (iv) de acordo com os valores tutelados pela normativa violada (Menezes Cordeiro, 2010, v. 2, t. 3, p. 548); utilizando fatores de atribuição subjetivo e objetivo para delimitar primariamente a investigação do nexo causal, por meio de alguns critérios, como: na responsabilidade valorada pelo critério subjetivo – a) afastar a responsabilidade do ofensor pelos riscos a que a vítima estava exposta com o seu pleno conhecimento; b) dano não reparável se a conduta não é considerada ilícita; c) inaptidão de extensão de efeitos da responsabilidade nas hipóteses de concausas excepcionais e majoradoras da gravidade do dano, como se vê no art. 944, parágrafo único, do CC; na responsabilidade valorada pelo critério objetivo; d) extensão da responsabilidade ao maior risco criado; e) exclusão da responsabilidade por eventos de gravidade excepcional ao risco típico da atividade desenvolvida (Mulholland, 2009, p. 177-178).

Essas perspectivas podem tornar insuficiente a crítica de VARELA, mas não obstam alguns questionamentos que podem ser os pontos de desequilíbrio da mencionada construção:

(i) uma incessante possibilidade de em determinados casos haver uma redução do campo reparatório e de imputação de responsabilidades, como se ilustra com os seguintes exemplos: a) uma companhia de ônibus transporta um número maior de pessoas do que o recomendado pela normativa sobre o assunto. No trajeto, o veículo é assaltado e as vítimas ajuízam demanda reparatória contra a companhia de ônibus, que é exonerada do dever de reparar pelo fato de a normativa acerca do número máximo de passageiros não visar impedir assaltantes, mas sim limitar a quantidade de pessoas que são transportadas pelo coletivo e a incolumidade destes em relação aos acidentes viários e não por conta de assaltos (Hart; Honoré, 2002, p. 103); b)

caso julgado pela Primeira Seção da Corte de Cassação italiana em 1978, na qual a municipalidade de uma cidade, por seu órgão competente, autorizou a construção de determinado prédio e ultrapassou o limite estabelecido com a construção de um prédio com dois andares a mais do que o permitido. O prédio ruiu e causou a morte de várias pessoas, com a teoria do escopo da norma sendo utilizada para afastar a responsabilidade da municipalidade pelos danos advindos da ruína do prédio. Isso porque a limitação do número de andares não tem por fim evitar a ruína do prédio, mas organizar o plano diretor da cidade (Capecchi, 2012, p. 93-94).

(ii) a normativa violada, de *per se*, não possibilita analisar o interesse prejudicado pelo evento objeto do dolo, devido à tutela de outros interesses que a normativa protege (Realmondo, 1967, p. 193); (iii) valorização da intenção do legislador ou da legislação, o que não é consentâneo com o atual momento hermenêutico do direito civil e consumerista, voltado para um raciocínio crítico-dialógico-hermenêutico-constitucionalizado.

O STJ, recentemente, utilizou a mencionada teoria da norma violada, consciente ou inconscientemente, ao afastar a responsabilidade de um estacionamento de veículos por assalto à mão armada sofrido em seu pátio por cliente que teve pertences subtraídos, mas preservou o veículo. O fundamento para negar o pleito da vítima foi o de que o roubo à mão armada exclui a responsabilidade de quem explora o serviço de estacionamento de veículos, uma vez que o contrato firmado entre as partes “abrange exclusivamente o depósito do automóvel”. Além disso, não “se trata, aqui, de resguardar os interesses da parte hipossuficiente da relação de consumo, mas de assegurar ao consumidor apenas aquilo que ele legitimamente poderia esperar do serviço contratado, no caso a guarda do veículo” (STJ – RESP 1232795. 3ª. T. Rel.ª. Min.ª. Nancy Andrigli. DJ-e de 10.04.2013).

O julgado acima explicita as vantagens erigidas por esta teoria, muitas vezes protetivas a quem causa danos, e não expurga os questionamentos a ela dirigidos, a enfraquecê-la no direito brasileiro, devendo-se, porém, aproveitar as vantagens que a construção teórica traz. Isso não afasta as insuficiências apresentadas pela teoria para alçar a vítima a um platô de primazia, a manter a necessidade de pesquisa de outras teorias sobre a causalidade.

(2.7) CAUSALIDADE ESPECÍFICA E DA CONDIÇÃO PERIGOSA

A teoria da causalidade específica açambarca a responsabilidade pelo dano advindo do risco criado pelo lesante, a partir da ideia de causalidade específica, como se fosse uma derivação da teoria do escopo da norma violada. Dessa maneira, a teoria da causalidade específica atinge os casos de responsabilidade pelo critério objetivo, mas limitada ao dano que, de acordo com a experiência (ex.: CPC, art. 335), constitui um risco específico criado de um determinado antecedente (Capecchi, 2012, p. 94-95). No Brasil, pode-se utilizar essa teoria nas hipóteses enquadradas no art. 927, parágrafo único, do CC.

A teoria da condição perigosa abrange a ação ou a omissão de um sujeito de direito que se põe em estado de perigo capaz de provocar o evento, sendo esta considerada a causa específica do fato danoso após uma valoração *ex post*. Nessa senda, a avaliação da condição perigosa passa também por uma verificação da probabilidade de ocorrência do evento em um elevado número de casos, nos quais o risco é o da ocorrência entre a previsão realizada pelo agente e a sua efetiva verificação (Capecchi, 2012, p. 95). Essas teorias podem estar abrangidas pela teoria da causa adequada, da norma violada ou do dano direto e imediato, não fazendo muito sentido os destaques trazidos pelos italianos para as citadas construções teóricas.

(2.8) CAUSALIDADE IMEDIATA E DA VARIAÇÃO

A teoria da causalidade imediata diferencia dois estados distintos e sucessivos na ordem das coisas. Existe um primeiro momento estático no qual se garante certo equilíbrio, que pode ser subvertido por uma condição que atravessa a cadeia causal e determina o evento danoso, ou seja, a causa seria o comportamento antijurídico do ser humano, que provoca a passagem do momento estático para o momento dinâmico (Capecchi, 2012, p. 96).

Esta teoria ao tratar da antijuricidade confunde o plano objetivo e o plano subjetivo. Há quem, como GERI, proponha eliminar a antijuridicidade e substituí-la pela variação, embora o autor não delimite o conteúdo de sentido do significante variação, a dificultar a apreensão da teoria, o que pode gerar um resultado paradoxal. Isso porque a distinção entre causa estática e causa dinâmica possibilita que somente esta última seja considerada causa jurídica, isto é, a causa estática que pode ter contribuído efetivamente para a causação do dano é afastada, a demonstrar um perfil naturalístico somente do evento (Capecchi, 2012, p. 96-97). Essas teorias remontam à

causa eficiente aristotélica, pouco contribuindo para um esclarecimento acerca da causalidade jurídica, não tendo tido acolhida no direito italiano.

(2.9) *CAUSA IMPEDITIVA*

Esta teoria foi criada por BALESTRINO e procura interpretar de forma inovadora os arts. 40 e 41 do Código Penal italiano, partindo do enunciado normativo, diferenciaria-se qual a relação causal que provocou o evento danoso e qual a série causal que o impediria. Desse modo, se a causa impeditiva não ocorrer, o evento será produzido, porém não terá a mesma representatividade da causa que o provocou, a reduzir a aplicação do art. 41, II, do Código Penal italiano. Dessa forma, essa solução severa indica que a interrupção do nexo se verifica quando não é previsível pelo agente ou pela legislação que a causa impeditiva sirva de obstáculo para o evento danoso (Capecchi, 2012, p. 97-98), o que a torna inadequada para tutelar a vítima em cada caso concreto.

(2.10) *TEORIA DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE POR FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL*

Teoria criada por ROBERTO DE ABREU E SILVA que a relação de causalidade aferida pela falta contra a legalidade constitucional, com o objetivo de colmatar o vazio doutrinário acerca do assunto, visto que a mencionada teoria “tem por finalidade fundamentar os fenômenos jurídicos provindos de atos ilícitos ou lícitos em danos injustos”. Esses danos injustos são perpetrados “por falta não intencional (de diligência e prudência, leve ou média), que resulta evidente ou verossímil da própria ação antijurídica do lesante” (Abreu e Silva, 2005, p. 164-165).

O autor sustenta que a falta intencional (grave ou pesada) deve ser demonstrada, com o art. 403 do CC fundamentando a possibilidade de a causa direta e imediata necessária à produção do evento danoso injusto ser examinada pela conduta violadora da normativa constitucional que “garantem a integridade patrimonial ou extrapatrimonial de pessoa inocente”. A proposta, de acordo com o seu proponente, viabiliza a responsabilidade do grupo determinado mediante dano causado por membro indeterminado deste grupo. Além disso, a citada teoria pode autorizar a reparação proporcional nas hipóteses de causalidades múltiplas, concomitantes ou sucessivas, a partir da ponderação entre a gravidade do dano e a falta do lesante e da vítima, como se verifica com os arts. 945 do CC e 1.478, 1.479 e

1.480 do Código de Québec. Para tanto sugere a inserção de um parágrafo no art. 942 do CC com a seguinte redação: “Quando o prejuízo for causado por várias pessoas, a responsabilidade civil se reparte entre elas em proporção à gravidade da falta respectiva, quando possível. A falta da vítima diminui o valor da reparação, proporcionalmente, à sua concorrência para o fato, não se tratando de relação de consumo” (Abreu e Silva, 2005, p. 165-166).

O autor alude que a teoria da relação de causalidade por falta contra a legalidade constitucional conjuga a causa natural e a causalidade normativa, a tornar imprescindível uma conduta necessária imediata ou mediata que falte com o cuidado, a gerar danos injustos e violação à norma jurídica constitucional (art. 5º, X), sem a qual tal fato danoso não ocorreria, sempre em uma relação de causa e de efeito estando presente a antijuridicidade. Nessa linha, “o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil, em fato ilícito é o *dano injusto* perpetrado por *Falta Contra a Legalidade Constitucional*”, a integrar fato, valor e norma legal, ainda em uma perspectiva de subsunção (Abreu e Silva, 2005, p. 167-168).

O referido autor traça os pressupostos para a mencionada teoria: a) ausência de diligência e de prudência do lesante; b) dano injusto perpetrado ao bem de uma pessoa inocente; c) nexos causal entre a ação necessária ao resultado proibido ou não justificável na ordem jurídica; d) vulneração da norma jurídica constitucional proibitiva da conduta lesiva; e) legitimação ativa e passiva por fato próprio ou de outrem; f) ausência de excludente do dever de reparar; g) prevalência da normativa dos direitos fundamentais em caso de colisão normativa (Abreu e Silva, 2005, p. 168-169).

O ponto positivo desta proposta é reforço à normativa constitucional e à reparação por danos decorrentes de fatos lícitos, porém, ao fim e ao cabo, a ideia apresentada procura jungir à teoria da causalidade adequada, a teoria do dano direto e imediato e a teoria do escopo da norma jurídica violada, sem quebrar a ideia de previsibilidade ou de normalidade fático-jurídica que permeia essas construções teóricas e sem deixar claro se Constituição para o autor é texto ou texto e contexto. A proposta, por conseguinte, parece mirar as dimensões formal e material da constitucionalização, sem apontar para a dimensão prospectiva (Fachin, 2008, p. 17-18), imprescindível para uma adequada tutela da pessoa humana concreta, principalmente quando esta é vítima de danos potenciais e (ou) concretos.

(3) TEORIAS DO DIREITO ANGLO-SAXÃO: CAUSATION AS FACT E PROXIMATE CAUSE

Passa-se, doravante, à análise das teorias mais utilizadas no direito anglo-saxão, a justificar a escolha para fins de elucidação teórica e demonstrar as semelhanças com as teorias utilizadas no direito continental.

(3.1) CAUSATION AS FACT

A *causation as fact* também observa o requisito da *conditio sine qua non*, como ocorre com as teorias do direito continental, que aparece com a denominação de condição *but for* (mas para), todavia, não existe nenhuma teoria que aponte a *conditio sine qua non* como requisito suficiente para configurar o nexos causal, embora seja necessária para todas as teorias. No direito norte-americano a condição necessária é encontrada no processo de *cause-in-fact* ou *causation as fact*, ou seja, a causa *but for* é, no máximo, uma regra de exclusão da causalidade, com um fato podendo ser considerado uma condição “*but for*” e não ser considerado uma causa do prejuízo verificado (Prosser; Keeton, 1984, p. 264-266). A prova da condição “*but for*” gera a passagem do primeiro estágio para a caracterização do nexos de causalidade, cuja semelhança no direito brasileiro remonta à superação da teoria da equivalência das condições pelas demais teorias (Peteffi, 2009, p. 33).

A teoria da *causation as fact* também trabalha com hipóteses de causas concorrentes que, por si sós, podem causar o mesmo dano, a impossibilitar que uma causa não seja considerada *sine qua non* e tornar as demais causas como não necessárias para a ocorrência do dano. Um exemplo citado é o chamado “*twin fires*” (incêndios gêmeos), em que o agente começa o incêndio, que se soma a outro incêndio, e cada um dos dois incêndios é capaz, por si sós, de causar o dano ao imóvel. O imóvel da vítima seria destruído ainda que o agente não praticasse o incêndio (Bruer, 1994, p. 971).

Nesse passo, o Tribunal de Minnesota criou a fórmula do “fator substancial” para determinar a causalidade, a gerar um aperfeiçoamento do teste “*but for*”, imprestável para o caso acima, por exemplo. Dessa forma, o teste “*but for*” não será feito se a ação ou a omissão do lesante for um fator substancial para a causação do dano. Esse fator substancial é aplicado aos casos de perda de uma chance, com a consequente reparação integral da vantagem esperada. É necessário destacar que existem diferenças entre a análise da condição *but for* e a condição *sine qua non* do direito romano-germânico, que necessita de “certeza” sobre os fatos analisados,

enquanto no direito anglo-saxão se exige um lastro probatório menos intenso (Peteffi da Silva, 2009, p. 34).

Exemplo disso é um caso julgado pelo tribunal belga em 1976 e que mesmo existindo um laudo pericial com noventa por cento de probabilidade apontando um fato como provável condição necessária para a causação do dano, pode o magistrado desprezar tal laudo e afastar a causalidade. Isso porque o laudo pericial indica uma média teórica, que será acolhida (ou não) pelo juiz no caso concreto. Essa solidez na convicção acerca da causalidade não é acolhida por muitos juízes da *Common Law*, principalmente nos casos de responsabilidade médica, já que o "*standard*" probatório se funda na "*more likely than not*" ("mais provável que não"). Nessa perspectiva, a vítima deve demonstrar que é mais provável o dano ter sido causado pela conduta do réu do que por uma causa estranha, mesmo sem haver um sólido convencimento sobre a verdadeira causa do dano. Tal fórmula aponta, em termos estatísticos, que se a causa obtiver uma probabilidade igual ou superior a 51% de chances de ter sido a causa do dano, será considerada a condição *but for* <<*conditio sine qua non*>> para o dano (Peteffi, 2009, p. 34-36). Essa teoria trabalha de forma mais intensa com a ideia de probabilidade, porém o percentual igual ou superior a 51% de chances de ter sido a causa do dano pode deixar diversas situações irreparadas, o que deve ser evitado, mormente na perspectiva a ser delineada de responsabilidade por danos.

(3.2) CAUSA PRÓXIMA E PROXIMATE CAUSE

A outra teoria relevante no direito anglo-saxão é a *proximate cause*, *legal cause*, conhecida no direito continental como teoria da causa próxima, criada no século XVI por FRANCIS BACON em sua obra *Maxims of law: in iure non remota sed proxima causa spectatur*. A referida teoria caminha para a descoberta da causalidade, dentre as várias condições, que temporalmente é mais próxima do resultado danoso (denominada de *but for*) e, após a descoberta da causa próxima, também identificada como causa eficiente, indaga-se se o lesante deve ser responsabilizado pelos danos causados (ou não) (Noronha, 2010, p. 622). Há entendimento no sentido de que a teoria no direito norte-americano não trata da proximidade temporal da causalidade com o evento danoso, mas da proximidade lógica, a estabelecer uma conexão com as teorias da causalidade adequada e com a teoria do dano direto e imediato (Peteffi da Silva, 2009, p. 37).

A teoria da *proximate cause* influenciou a teoria do dano direto e imediato no

direito continental, bem como auxiliou a distinção entre dano direto e dano indireto, com a restrição do dever de reparar aos danos diretos (Pessoa Jorge, 1999, p. 391-392), afora as hipóteses tratadas pela subteoria da necessidade. Esta abarca os danos indiretos, reflexos, remotos e em ricochete, desde que classificados como necessariamente decorrentes do fato danoso, sendo denominada de causa próxima. O que diferencia essas teorias é que a causa próxima do direito continental se afere pela temporalidade e a *proximate cause* pelo caráter lógico.

Nessa perspectiva, a teoria da *proximate cause* introduz uma pesquisa etiológica do dano com a análise da condição *but for, conditio sine qua non* que estabelece a relação fática de causa e de efeito entre conduta danosa e dano. A causa jurídica ou "*legal cause*" é estabelecida com juízos valorativos para se descobrir se a condição *but for* foi necessária para responsabilizar o autor dos prejuízos sofridos pela vítima, adentrando-se na perspectiva política (*policy of the law*) (Prosser; Ketton, 1984, p. 273). A teoria da *proximate cause* possui a mesma importância das teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato em nosso sistema, por também abarcar a condição necessária para o surgimento do dano (Peteffi da Silva, 2009, p. 36).

A procura por esta condição *but for* perpassa pela condição de fato, que possui uma extensão maior, para se fazer o "teste-se-não fosse", a fim de decidir se uma conduta A foi causa do acontecimento B, pois se "não fosse A, B teria ocorrido? Se a resposta a esta pergunta é "não", A é a causa de fato de B. Se é "sim", A não é a causa de fato de B", como no exemplo a seguir: um fabricante produz aditivos para combustível de automóveis que exigem um controle cuidadoso de qualidade. A manutenção do controle de qualidade em um padrão elevado e a mistura química estiver correta evitará danos ao motor do automóvel. Caso contrário, o proprietário que utilizar o aditivo defeituoso poderá sofrer um dano no motor do seu veículo, que soltará a biela e se despedaçará. Desse modo, o fabricante verifica que manter o nível elevado de qualidade é mais oneroso economicamente do que o valor atribuído ao ano causado em alguns motores que venham a ser danificados pelo aditivo defeituoso. Por isso, o fabricante produz um aditivo defeituoso. Diante disso, indaga-se: qual é a reparação possível, com base no "teste-se-não fosse", à proprietária de um automóvel que foi danificado pelo aditivo defeituoso terá direito à indenização se aquele foi a causa de o carro ter soltado a biela? (Cooter; Ulen, 2010, p. 320 e 326)

A hipótese de causalidade múltipla torna inútil o teste da condição *but for*,

visto que não se verifica com clareza qual foi a condição necessária para a ocorrência do dano. Dessa maneira, há um esforço para se desenvolver uma teoria que abarque a responsabilização por danos probabilísticos que se concretizem em cada caso, por meio da seguinte perspectiva: as variáveis com coeficientes positivos são causas contributivas, sendo a variável com maior coeficiente a causa mais substancial. Na situação, por exemplo, de câncer de pulmão em uma pessoa que mora em uma residência com partes laterais com asbesto, que trabalha em fábrica com produtos carcinogênicos e é fumante, o tribunal poderá “atribuir responsabilidade plena à causa mais substancial, distribuí-la entre as causas contributivas ou decidir que ela não existe neste caso”. Autores levantam outro problema com a condição *but for*: equiparar a relevância entre as causas remotas e as causas próximas (Cooter; Ulen, 2010, p. 326-327), a se aproximar da teoria da equivalência das condições.

Existe entendimento de que a ideia de proximidade é imprecisa, a substituir, como fez BETRAND RUSSELL, a causa pela função, relacionando a causa com a função na economia, ou seja, a causa seria analisada com base na utilidade e na produção. Dessa maneira, os valores variáveis da função de utilidade a determinam em relação ao consumidor, e os valores da função produtiva ao fornecedor, com ambos querendo maximizar a utilidade e o lucro, respectivamente. O prejuízo advém quando uma variável diminui a utilidade ou a produção da outra parte, a saber:

(...) a Companhia de Estrada de Ferro de Long Island controlava variáveis que afetavam sua produção, mas que também afetavam a utilidade da Sra. Palsgraf. A representação funcional da causa no direito da responsabilidade civil é uma variável controlada por uma pessoa que aparece na função de utilidade ou de produção de outrem. (...) Quando a mesma variável aparece nas funções de utilidade ou produção interdependentes constituem uma externalidade quando obstáculos impedem as partes de barganhar e chegar a um acordo para estabelecer a variável interdependente no valor eficiente. No direito da responsabilidade civil, a “causa” normalmente implica uma externalidade criada por funções de utilidade ou produção interdependentes (Cooter; Ulen, 2010, p. 327-328).

Essas dificuldades relacionadas à condição *but for* e à *proximate cause* levaram às variações doutrinárias, podendo-se apontar duas como as mais relevantes: a) *foreseeable risks* (riscos previsíveis) ou *foreseeable consequences* (consequências previsíveis), em que se limita a responsabilidade do lesante à previsibilidade acerca dos danos no momento do acidente; b) *danos diretos e indiretos previsíveis*, limitadores da responsabilidade do lesante, a se aproximar das discussões recepcionadas pelas teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato. A jurisprudência majoritária norte-americana acolhe a variação do risco previsível,

embora tal entendimento não seja pacífico, pois o *Second Restatement of Torts* entendendo que uma pessoa não pode ser responsabilizada, de acordo com uma minuciosa análise do caso, por consequências altamente extraordinárias (Peteffi da Silva, 2009, p. 37-39).

A teoria dos riscos previsíveis (*foreseeable risks*) baseia-se no fato de que o lesante não pode ser responsabilizado por efeitos consequenciais inesperados por uma pessoa ponderada, restringindo a responsabilidade pelo risco original criado pelo lesante. Desse modo, consequências imprevisíveis do ato (*unforeseeable consequences*) não geram a responsabilidade do lesante (Prosser; Ketton, 1984, p. 273 e 284).

O rumoroso caso *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, julgado em 1928 pelo Tribunal Estadual de Nova Iorque, restringiu ainda mais o aspecto da causalidade como fator de imputação de responsabilidade. Isso porque ficou decidido pela improcedência do pedido reparatório, com a substituição do critério das consequências imprevisíveis (*inforeseeable consequences*) pelo critério das vítimas imprevisíveis (*inforeseeable plaintiffs*).

O caso era o seguinte:

(...) um passageiro estava correndo para alcançar um dos trens do réu. Um dos empregados do réu, tentando ajudar o passageiro a embarcar, acabou por deixar cair uma valise sobre os trilhos. A valise continha fogos de artifício, cuja explosão arremessou algumas balanças que estavam na plataforma sobre os autores da ação de reparação causando-lhes sérios prejuízos. (...) De acordo com o julgamento, se o agente causou um mal, cuja previsibilidade é comprovada em relação a A, e A de fato sofre um prejuízo, existe responsabilidade. Mas se o mal resulta de um dano para B, que estava fora da zona de perigo do mal causado, e para quem não se podia prever qualquer dano, não haverá responsabilidade, pois não houve negligência em relação a B (Peteffi da Silva, 2009, p. 38).

Parcela da literatura jurídica alude que a utilização da teoria como realizada no caso acima restringe mais intensamente o nexo de causalidade, com a mencionada situação sendo utilizada como parâmetro para outras de maneira equivocada, visto que é usada para hipóteses de culpa, e não de nexo causal (Prosser; Keenton, 1984, p. 285-286).

Não obstante as críticas que podem ser feitas, a teoria da *proximate cause*, trabalhando com a conexão lógica entre fato danoso e dano, se assemelha à teoria da causalidade adequada, que também utiliza a ideia de previsibilidade das consequências causadas para estabelecer o nexo causal, bem como uma corrente que se assemelha à teoria do dano direto e imediato. Autores anglo-saxões apontam que

não importa a previsibilidade das consequências danosas do ato, mas se os danos causados são consequência direta da sua ação ou omissão. Tal corrente é minoritária e é muito utilizada nos casos de danos à pessoa (*personal injury*) (Peteffi, 2009, p. 39). Outros entendem que o sentido de causa direta e de previsibilidade é vago e gera uma análise casuística e imprecisa acerca das causas para considerar uma causa como estranha (*intervening causes*) no processo de verificação do evento danoso, a manter a ideia dos riscos previsíveis, com base numa proximidade lógica e de adequação causal (Prosser; Keeton, 1984, p. 295). Os tribunais o direito anglo-saxão têm utilizado a expressão *proximate cause* para designar aquela causa que provocou o dano, e sem ela este não teria acontecido, em uma cadeia natural e perene, não afastada por outra concausa eficiente (Alberto Díaz, 1998, p. 65).

Essa teoria irradiou efeitos para o direito italiano (Código Civil, art. 1223), para o direito brasileiro e para o direito francês. No Brasil, o TJDF (AC 713.080. 2ª Turma Cível. Rel. Des. Dante Guerrerá. J. 04.02.1981) julgou um caso concreto com base nesta teoria da causa próxima, mesmo que de forma insabida, pois imputou a responsabilidade civil pelo evento danoso àquele que teve a última oportunidade de evitar o evento danoso, ou seja, utilizou o critério temporal.

Três exemplos podem clarificar a inadequabilidade da teoria da causa próxima, vista pelo prisma da temporalidade: (i) se alguém, culposa ou dolosamente, troca um medicamento que deveria ser ministrado ao paciente, e a enfermeira, sem saber da substituição, fornece o medicamento à vítima e esta falece. A enfermeira produziu a causa próxima da morte, mas não poderia ser condenada, pois o responsável pelo evento danoso foi o agente que trocou o medicamento; (ii) se um banqueiro recebe um encargo de vender ações minerárias e negligencia essa venda, responde pelos danos originados pelo mandante por conta da inundação da mina; (iii) outro caso de responsabilização pelo fortuito como causa próxima do dano se extrai quando o depositário utiliza a coisa depositada de maneira diferente do fim para o qual foi contratado. Essas três hipóteses apontam o fortuito como causa próxima do dano, porém os demais eventos não podem ser desconsiderados (Sampaio da Cruz, 2005, p. 56).

Outras críticas foram formuladas em desfavor da teoria da causa próxima: a) a teoria converte o enunciado normativo em uma simples observação da realidade, que, normalmente, indica o último evento como o produtor do resultado danoso, todavia nem sempre o último evento é o causador do dano; b) em muitos casos não é possível

estabelecer a condição última, mormente quando elas se apresentam de maneira complexa, simultânea e confusa; c) a causa próxima deve ter mais uma perspectiva lógica do que imediatamente temporal; d) existem consequências que se dão imediatamente após o evento danoso que não são reparáveis (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 600-601); e) a teoria da causa próxima tem o inconveniente de deixar diversas situações danosas à margem de qualquer reparação, a tornar correta a reflexão acerca da proximidade lógica trazida pela teoria da *proximate cause* entre o fato danoso e o dano.

Percebe-se, portanto, uma semelhança entre as teorias da *proximate cause* e da causa próxima, sob o prisma lógico, com a causa adequada, da teoria da causalidade adequada, e com a causa necessária, da teoria do dano direto e imediato, por todas contarem com uma proximidade lógica, como se vê do exemplo trazido por CLÓVIS DO COUTO E SILVA:

Se alguém lançou uma pedra contra outrem, atingindo-o, temos o problema. Lançar uma pedra contra outrem pode acarretar-lhe a morte. Dependerá da força, do lugar, das condições físicas de quem as recebeu. A primeira parte do enunciado no exemplo revela a adequação geral, em outras palavras, a possibilidade do evento danoso. Se alguém morreu logo após receber a batida, temos a presunção de que esta foi a causa, ou pelo menos, concausa. (...) Ainda que a pedra e a força com que foi enviada pudessem causar a morte (condição geral), é necessário examinar o caso concreto para ver se o evento sucedeu em decorrência do impacto. Seria pensável a hipótese em que alguém expele o objeto, ao mesmo tempo, que outro, de longa distância o fulmina com certo tiro. Não se perguntará, portanto, se, em geral, o golpe sofrido poderia acarretar morte; mas, se em concreto a morte seria resultado do impacto sofrido (Esser, pág. 239) (Couto e Silva, 1997b, p. 195).

As teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato, segundo TEPEDINO, podem apresentar resultados "substancialmente idênticos", pois ambas procuram a "causalidade necessária" entre o fato danoso e o dano (Tepedino, 2001, p. 13), embora a teoria do dano direto e imediato possa se aprofundar nas "causas estranhas" (Código Civil dos franceses, art. 1.151), constituídas pelo fato de terceiro, da vítima e por conta do caso fortuito ou de força maior.

Como visto, as teorias utilizadas no direito anglo-saxão possuem defeitos semelhantes àqueles demonstrados nas teorias postas pelo direito continental, a manter a ideia de que os juízes decidem o nexos de causalidade por sentimento, a afastar análises abstratas, lógicas, universais e baseadas em regras absolutas, sendo necessário perceber as nuances trazidas pelos casos concretos, com o intuito de se evitar decisões injustas, sendo relevante utilizar a força dos precedentes para o balizamento de casos futuros.

Diante disso, SANSEVERINO sustenta a tese de conjugação das teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e do dano direto e imediato, a fim de conferir um correto julgamento a um caso concreto. O citado jurista alude que a crítica feita à jurisprudência somente procede quando esta desconhece as referidas teorias, podendo ser útil à mencionada união teórica, tendo em vista os seguintes argumentos: a) a teoria é um instrumento para os operadores do direito, sendo viável a utilização de mais de uma teoria para resolver o problema da vinculação entre fato danoso e dano; b) a união das aludidas teorias ocorre em três momentos no âmbito processual, cujo significante unificador é a condicionalidade da causa, (i) primeiro estágio para ligar um fato ao processo causal deflagrador do evento danoso, com o fito de aferir a legitimidade passiva da parte demandada. Isso se faz por meio da teoria da equivalência das condições; (ii) baseando-se na teoria da causalidade adequada, analisa-se a adequação do fato para a produção do dano, a partir de uma perspectiva negativa, a atribuir o ônus da prova ao agente que possivelmente responde pelo dano; (iii) julgamento pelo magistrado com base na teoria do dano direto e imediato, a verificar “a “necessidade” da causa a ele imputada no processo causal, para o reconhecimento de sua “adequação”. Essa verificação da adequação do fato como causa deve ser feita com a colaboração da teoria da causalidade racional, à luz do postulado da razoabilidade”. Dessa maneira, a vítima comprova somente a condicionalidade entre o fato e dano, com o responsável provando a inadequação ou a desnecessariedade da causa que lhe foi imputada para a produção do resultado ou para a extensão atribuída, com o julgamento decidindo o caso com fulcro na razoabilidade (Sanseverino, 2010, p. 163-164 – exemplo de aplicação da conjugação das teorias – TJRS – AC 70002337749. 9ª Câ. Cível. Rel. Des. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 30.05.2001). A construção proposta por SANSEVERINO, caso seguida pelos tribunais, pode auxiliar a diminuição de decisões judiciais atécnicas e solipcistas, porém não parece adequado manter a análise da causalidade jurídica fulcrando-se na perspectiva da previsibilidade, emanada de todas as teorias analisadas.

De todo o exposto neste item, colhem-se as conclusões a seguir delineadas: a) fundamentam-se as teorias do nexa causal na previsibilidade e, como exceção, na probabilidade de ocorrência do dano por determinada conduta ou atividade; b) tenta-se proteger o lesante de eventual causalidade virtual, caracterizada como mera probabilidade fática de ocorrência de danos, ao mesmo tempo que se procura utilizar

a causalidade como bitola para o dever de reparar, com a demarcação do responsável e com a conformação da reparação à extensibilidade do dano na esfera jurídica da vítima; c) impossibilita-se, por insuficiência de critérios, uma adequação como teoria definitiva da causalidade; d) as teorias do direito norte-americano possuem semelhanças com as teorias erigidas pelo direito continental, fulcrando-se na previsibilidade, mesmo que de uma maneira mais flexível; e) a teoria do escopo da norma, não obstante possua inúmeras vantagens, pode suscitar restrições reparatórias como no caso de assalto em transporte público citado dantes, a revelar-se, de certo modo, contrária a uma tutela efetiva da vítima, mormente no que tange a uma expansão de precaução, de prevenção e de reparação, assim como de sujeitos responsáveis por tais deveres; f) é impossível a formulação de normativas universais válidas para se aferir a causalidade; g) a causalidade não se confunde com os fatores subjetivos e objetivos de valoração e de imputação de responsabilidades.

As conclusões retrocitadas, sempre provisórias e precárias, revelam a importância de se construir uma tese que procure outro caminho para a causalidade jurídica, haja vista a complexidade que o tema traz, a saber: o da dupla função que a causalidade jurídica exerce; o de uma maior reparabilidade de danos, como o caso de perda de uma chance na hipótese de erros médicos (STJ. Recurso Especial 1.104.665. 3ª Turma. Rel. Min. Massami Uyeda. DJ-e de 04.08.2009); da causalidade virtual; da inversão do ônus probatório, principalmente nos casos de prova impossível ou diabólica (ex.: STJ. Recurso Especial 1.096325. 3ª Turma. Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi. DJ-e de 03.02.2009 – caso de comprovação que a vítima utilizou o lote com pílula anticoncepcional de farinha); da responsabilidade do grupo determinado por dano causado por membro determinado deste grupo; da gradação da culpa e da solidariedade entre os lesantes; da presunção de causalidade; da imputação objetiva e a sua relação com a causalidade, entre outros assuntos.

Esses problemas serão o mote analítico dos itens subsequentes até o final da primeira parte da tese, a clarificar a revisão teórica sobre o assunto, para fins de desconstrução positiva e de redescritção da causalidade jurídica a ser realizada na segunda parte da pesquisa.

1.3 A DUPLA FUNÇÃO DO NEXO CAUSAL: EXTENSÃO SOCIAL E DEMARCAÇÃO DO RESPONSÁVEL

Não se deve aplicar de maneira cega e automática qualquer fórmula alusiva ao nexo causal, sob pena de se potencializar enormemente a responsabilidade civil (De Page, 1934, p. 964), bem como de se evitar decisionismos pelos tribunais. Nessa senda, a causalidade não pode ser apurada apenas naturalisticamente, circunscrevendo-se à questão de fato, como delimita parte da literatura jurídica (Cavaliere Filho, 2010, p. 47; Stoco, 2007, p. 150). Isso porque o nexo causal aponta para dois sentidos: a) análise da causalidade material <<causa natural que conecta dano e evento danoso (dano evento); b) causalidade jurídica – derivada do recorte analisado pela causalidade material, a apontar quem deve ser o causador dos danos e a extensão do dano sujeito à reparação, a ser realizada pelo ofensor dano consequência>> (Mulholland, 2009, p. 97). Pesquisa-se a causalidade natural, porque a causalidade jurídica se encontra, como asseverado alhures, nas escolhas legislativas sobre os critérios que serão usados para se definir as causas para a delimitação da responsabilidade do lesante.

Daí emerge a *dupla função do nexo causal*: a) identificar o responsável pelo evento danoso; b) verificar a extensão do dano (ex.: CC, art. 944) (Clóvis do Couto e Silva, 1988, p. 67). Exemplifica-se a *dupla função do nexo causal* no caso em que houve um rompimento de uma barragem que gerou o consequente derramamento de lama com rejeitos da mineração de bauxita na residência da vítima, porquanto em vista que o lesante não realizou a manutenção devida da barragem. Desse modo, o nexo causal demonstrou quem era o responsável pelo dano (Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda.), bem como a sua extensão, o que gerou uma reparação por danos extrapatrimoniais no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) (STJ – AgRgARESP 173000. 4ª Turma. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. DJ-e de 01.10.2012).

Em relação à primeira função, demarcação dos responsáveis, pode-se considerar que os *sujeitos* influenciados pelo *nexo causal* são aqueles favorecidos por este (sujeitos ativos) e que podem exigir a reparação pelo dano, bem como o sujeito passivo, que deve reparar o dano. Essa relação, para alguns (Castello Branco, 1977, v.

54, p. 206-207), funda-se na ideia de justiça comutativa (dar a cada o que lhe é devido). Se isso for correto, como se analisa a ideia de nexo de causalidade nas hipóteses de efetivação da justiça distributiva e da justiça social?

A primeira função do nexo causal pode ser exemplificada pela ideia de responsabilização pelo resultado mais grave (*thin skull rule*), que permite a demarcação do responsável ficando “dispensado a prova da relação causal no tocante a um resultado ulterior da conduta do agente, assegurando ao nexo de causalidade uma elasticidade que nenhuma das teorias usuais comportaria” (Schreiber, 2013, p. 72). No caso julgado pelo STJ decidiu-se que há responsabilidade do causador do acidente pela morte da vítima, pois o erro do médico no tratamento das lesões sofridas em acidente de trânsito provocado culposamente pelo lesante, está no desdobramento causal do acidente. Dessa forma, pelo resultado mais grave responde o causador do dano, ressalvado a ele o direito de pleitear eventual ressarcimento perante o médico que concorreu com a sua imperícia (RESP 326.971. 4ª. T.Rel. Min. Ruy Rosado. DJ de 30.09.2002). Independentemente de se concordar com o resultado do julgado fica irrefutável a importância da função demarcatória do nexo causal.

Passando-se para a segunda função – extensão do dano –, o direito brasileiro tem como dispositivo legal balizador nos direitos civil e consumerista o art. 944, *caput*, do CC, sendo, portanto, necessário aferir a causalidade jurídica, sem olvidar que o mencionado artigo reconhece a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil (Enunciado 379/CJF). Isso não pode ensejar, contudo, a possibilidade de enriquecimento sem causa de uma parte e/ou um empobrecimento substancial da outra.

A expressão dano, utilizada no citado artigo, abrange os danos individuais, os materiais, os imateriais, os danos sociais, os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos, que podem ser requeridos pelos legitimados em demandas individuais e coletivas (Enunciado 456/CJF), incidindo nas hipóteses de responsabilidade pelos critérios de valoração da responsabilidade subjetivo, objetivo e pelo sacrifício.

Um exemplo de aferição da extensão do dano: uma vaca doente contamina os demais animais, que acabam morrendo e causando danos ao comprador da vaca doente, tornando-o insolvente por não ter mais fonte de renda. A teoria dos danos diretos e imediatos (CC, art. 403) aponta que somente os danos derivados necessariamente da aquisição da vaca doente é que serão reparados, ou seja, a morte

dos animais do rebanho devido à presença da vaca doente. Nesse caso, a insolvência do comprador da vaca não é objeto de reparação, por ser um dano indireto e não reparável (Pothier, 2002, p. 148). Independentemente de a teoria do dano direto e imediato ser uma das mais utilizadas no Brasil para fundar o nexo causal, tal exemplo demonstra como a segunda função do nexo de causalidade implica sérias consequências para o direito das partes envolvidas por um fato danoso.

Dessa maneira, a extensão do dano é medida pelo nexo causal, e não pelos fatores de imputação subjetivo ou objetivo e pelo sacrifício. O grau de culpa ou de risco concorrente serve para aferir o *quantum debeatur*, reduzindo-o equitativamente se necessário, como se extrai do parágrafo único do art. 944 do CC e dos Enunciados 46 e 380 do CJF. Não é possível majorar-se tal reparação com base no parágrafo único do art. 944 do CC (Moraes, 2003, p. 296; Tepedino; Schreiber, 2006, p. 521). Isso se comprova com base no Enunciado 457/CJF, sendo certo que essa redução equitativa tem caráter excepcional; segundo o Enunciado 457/CJF, "somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente".

O entendimento comum da literatura jurídica brasileira é de que essa redução equitativa açambarca os danos extrapatrimoniais (Enunciado 458/CJF) e que, "para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência" (Enunciado 455/CJF). Há quem entenda que o mencionado parágrafo único do art. 944 do CC privilegia o causador do dano em detrimento da vítima, a gerar uma incoerência com a tutela da vítima, presente na contemporânea ideia de responsabilidade por danos (em sentido parecido: Mulholland, 2009, p. 82).

Outro artigo importante para tratar da quantificação do dano é o art. 945 do CC: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano." Este artigo também não exclui a incidência da teoria da causalidade adequada (Enunciado 47/CJF). Pode-se incluir também nesta verificação a ideia de risco concorrente (Tartuce, 2011) para aquelas hipóteses não abarcadas pelo critério subjetivo de valoração da responsabilidade.

Esse artigo também se aplica aos casos de critério objetivo e de sacrifício de valoração de responsabilidade, atenuando a responsabilidade do agente, embora o

Enunciado 459/CJF trate de atenuação do nexo causal. O que delimita a participação no evento danoso é o nexo, e não a concorrência de risco e de culpa, fatores responsáveis pela quantificação do dano, e não pela sua conformação no caso concreto (Sampaio da Cruz, 2005, p. 343).

Pode-se perceber que os dois sistemas para a fixação do *quantum reparatório* são utilizados pelos arts. 944 e 945 do CC:

a) *sistema subjetivo* – no qual o comportamento do lesante é o limite para a aferição do valor reparatório, ou seja, o grau de culpabilidade é relevante para a indicação do montante reparatório, como se vê no art. 944, parágrafo único, do CC;

b) *sistema objetivo* – tem o dano causado como balizador do *quantum* reparatório, como observado no art. 944, *caput*, do CC e nos arts. 249 e 252 do Código Civil alemão. O sistema objetivo tem os seguintes pressupostos: (i) a reparação abarca todas as consequências prejudiciais do fato danoso; (ii) não é necessário que a conduta praticada pelo lesante ou pelo responsável seja a única causadora do prejuízo; (iii) o lesante e (ou) o responsável respondem pelos danos diretos e indiretos advindos do fato danoso; (iv) há a responsabilização mesmo que as consequências do fato danoso sejam imprevisíveis; (v) a reparação não ultrapassa os limites demonstrados pela conexão causal (Matozzi, 2000, p. 318-328).

Dois julgados elucidam tal diferença: a) O STJ julgou que a mãe de paciente suicida internado em hospital militar tem direito à reparação em decorrência da omissão do nosocômio quanto ao dever de vigilância (STJ – RESP 490836. 2ª Turma. Rel. Min. Franciulli Netto. DJ de 26.05.2003); b) o TJRJ negou a reparação em caso de suicídio de paciente em hospital público, ao considerar tal suicídio como caso fortuito (TJRJ – Apelação Cível 199901109960. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Lindberg Montenegro. publicação do acórdão em 03.02.2000).

Repisa-se que não é a *culpabilidade*, o risco ou outro fator, mas a *causalidade* a medida da responsabilidade, pois a culpa não tem tal função; esta, como explica PONTES DE MIRANDA, "(...) apenas suscita a incidência da regra jurídica de concorrência de culpa, que melhor se exprimiria como regra jurídica de concorrência de causação pelo ofendido" (Pontes de Miranda, 2012, t. 22, p. 202), com a reparação integral do dano não podendo ultrapassar os limites do prejuízo sofrido, porque, se isso ocorrer, haverá enriquecimento sem causa (CC, art. 884).

A questão, por conseguinte, da extensão do dano passa pela análise da causalidade, que possui limitações, jungida com a pesquisa sobre o dano a ser

reparado, com base, por exemplo, na ideia de proteção do escopo da normativa violada (Noronha, 2010, p. 609), que foi esmiuçada no item 1.2 desta tese. Dessa maneira, as duas funções do nexo causal dependem da teoria do nexo causal a ser utilizada pelo intérprete e da relevância das fundamentações acerca do nexo de causalidade ter de explicitar a teoria na qual a parte e julgador fundaram a presença do nexo de causalidade em um caso concreto.

Como se verifica ao final deste capítulo, a edificação da causalidade jurídica se encontra posta, sendo necessário apontar como uma concepção dúctil desta causalidade foi erigida pela literatura jurídica e pela jurisprudência para amplificar a reparação e os sujeitos responsáveis por ela, assim como as hipóteses em que esta reparação não é possível parcial ou totalmente pela ideia das concausalidades ou devido aos fatores interruptivos e de ausência do nexo causal. Esse será o itinerário teórico-prático do próximo capítulo, com o que se findará a reflexão pertinente à causalidade jurídica para os fins desta tese.

2. A CAUSALIDADE VISTA PELOS PRISMAS VIRTUAL, ALTERNATIVO, COMPARTILHADO, INTERRUPTIVO E PRESUNTIVO: FATORES PARA A IMPUTAÇÃO (OU NÃO) DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMERISTA

O primeiro capítulo desta tese demonstrou a dificuldade encontrada pela literatura jurídica e pela jurisprudência para delimitar a causa do dano, tendo em vista a construção de pelo menos quatorze teorias para dar conta do problema; o responsável por sua reparação e o *quantum* reparatório, por meio da dupla função atribuída ao nexo causal. Diante disso, este segundo capítulo terá por enfoque as concausalidades, a flexibilização do nexo causal e os fatores que o interrompem ou demonstram a ausência de causalidade, a ensejar a ruptura parcial ou total do dever de reparar, bem como aqueles que imputam responsabilidade a pessoa diversa daquela que normalmente responderia pelo dano.

As concausalidades trazem à tona o problema da multiplicidade causal, acompanhada (ou não) da pluralidade de responsáveis pela reparação do dano, por meio dos diversos tipos concausais existentes. A análise concausal serve de fio condutor para os debates atinentes aos fatores interruptivos – caso fortuito e de força maior – e àqueles que afetam a responsabilidade do agente – fato de terceiro e fato da vítima – que possibilitam uma exclusão total ou parcial da causalidade jurídica, cuja consequência é o afastamento do dever de reparar ou a sua minoração por parte do lesante, como nas hipóteses de fortuitos externos, de fato da vítima e de fato de terceiro exclusivos ou concorrentes, temáticas que obtiveram destaque no cenário acadêmico-profissional nas últimas duas décadas.

As hipóteses de fato de terceiro, de fato da vítima e de caso fortuito ou de força maior, como elaborados, talvez, sejam um dos motivos de não tutela prioritária da vítima pela responsabilidade civil e consumerista em uma variedade de casos, como naquele em que um estudante de medicina metralhou consumidores em um cinema de São Paulo e a família de uma das vítimas teve o direito reparatório afastado pelo STJ por haver, no caso, o denominado fortuito externo, a romper o nexo causal entre o evento morte e a atividade desenvolvida pelo *Shopping Center* e pelo Cinema

(RESP 1.164.889. 4^a T. Rel. Des. Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. DJ-e de 19.11.2010).

Passada a verificação acima, a flexibilização do nexo causal é o ponto que ganhará destaque no capítulo, pois ocupará os próximos itens, haja vista dois motivos que ensejaram o enfraquecimento da rigidez atribuída à causalidade jurídica: (i) dificuldade probatória da causalidade por parte da vítima, como nos casos de multiplicidade de causas, por exemplo, com a poluição ambiental, que pode causar danos invisíveis; (ii) impossibilidade de se vincular de forma certa e segura diversas situações e relações jurídicas ensejadoras de danos reparáveis, por exemplo, aquelas que envolvem danos difusos.

A flexibilização do nexo causal, com construções como causalidade alternativa, causalidade virtual e presunção de causalidade, entre outras, permite que danos anteriormente não reparados possam, no mínimo, adentrar no campo de análise da literatura jurídica e dos tribunais, como no caso de danos difusos ambientais ou nas situações de responsabilidade coletiva. Analisar-se-á também a ideia de imputação objetiva, como outro critério de imputação de responsabilidades baseado na criação ou de incremento de risco não permitido e na efetivação do resultado danoso.

Refletir sobre esses pontos encerrará o ciclo revisional da literatura jurídica e da jurisprudência acerca do nexo causal em todos os aspectos que o cercam, possibilitando demonstrar se a edificação teórico-jurisprudencial construída para o instituto apresenta fissuras capazes de minar os fundamentos que as enlaçam, e indicar outras construções teórico-práticas permissivas a uma efetiva tutela prioritária da vítima, principalmente sob a perspectiva de uma responsabilidade por danos.

2.1 FATORES FÁTICO-JURÍDICOS COMPARTILHADORES E OBSTATIVOS DA CAUSALIDADE JURÍDICA: CONCAUSALIDADES, AS INTERRUPÇÕES E A INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL << FATO DA VÍTIMA, FATO DE TERCEIRO E CASO FORTUITO E DE FORÇA MAIOR >>

No primeiro capítulo desta tese pesquisaram-se os plurais sentidos de causalidade na Filosofia, no Direito e na seara civilística, a causalidade no âmbito negocial e no campo extranegocial, para, ao final, realizar-se a cartografia das principais teorias relativas ao nexo causal, bem como demonstrar as duas funções inerentes ao instituto.

Seguindo o intuito de revisar a teoria alusiva à causalidade jurídica, no primeiro tópico deste segundo capítulo enfrentar-se-ão dois outros obstáculos acerca da verificação da cadeia de causalidade na seara da responsabilidade civil e consumerista: (i) a ocorrência de uma multiplicidade de eventos e (ou) de lesantes produtores do fato danoso ou agravadores do dano, com a consequente imputação de responsabilidade a alguém pelo mencionado evento, responsabilidade esta que pode ser solidária (ou não); (ii) as possibilidades de interrupção e de inexistência do nexo causal, o que, por ilação levará à exclusão de responsabilidade daquele que deveria arcar com a reparação do dano.

Nessa linha, inicia-se a análise do assunto pela ideia de multiplicidade de causas e (ou) de lesantes na produção do dano, situação denominada por MENEZES CORDEIRO de concurso de imputações, que advém de conjunturas variadas, com a atribuição de responsabilidade a alguém a ser aferida pelo risco, pelo delito, por processos causais diversos ou pelo mesmo processo causal, a partir da seguinte classificação, não exauriente do tema: homogêneo, heterogêneo, subjetivo e objetivo (Menezes Cordeiro, v. 2, t. 3, p. 736).

O concurso homogêneo se verifica quando o mesmo dano possibilita uma imputação a coautores do dano com igual tipificação, por exemplo, todos os responsáveis respondem por culpa ou por risco; o concurso heterogêneo emerge da imputação diversa a cada responsável, com uns respondendo por culpa e outros pelo risco; o concurso subjetivo induz a uma pluralidade de pessoas, como na hipótese de

responsabilidade solidária; e o concurso objetivo aponta para uma pluralidade de eventos que aos mesmos danos conduzem, podendo ser divisado em concurso necessário, cumulativo e alternativo, embora existam outras classificações possíveis (Menezes Cordeiro, v. 2, t. 3, p. 736-739).

O concurso necessário ocorre quando dois ou mais eventos concorrem essencialmente para a produção do dano, como no caso de duas pessoas agredirem conjuntamente a vítima, que vem a falecer. O concurso cumulativo deriva de dois ou de mais eventos que provocam o dano, porém qualquer deles poderia gerar o mesmo dano de forma independente, como na hipótese de agressão de duas pessoas à vítima, sendo que qualquer das agressões se mostra apta a ensejar o evento morte. O concurso alternativo permite que dois ou mais eventos incidam sobre uma situação de dano, sendo impossível demonstrar qual deles, em concreto a provocou, como quando duas pessoas agredem a vítima, que falece, sem que se saiba qual agressão era mortal e qual era inofensiva. Nos dois primeiros concursos (necessário e cumulativo), indubitavelmente, há uma pluralidade subjetiva, a gerar a responsabilização solidária dos agentes, o que é controverso asseverar no concurso alternativo (Menezes Cordeiro, v. 2, t. 3, p. 739-740).

No direito alemão, o concurso alternativo se encontra no BGB, § 830 (1), que imputa a responsabilidade solidária aos intervenientes que causaram o fato lesivo, mesmo que não se prove que algum deles participou do evento danoso, com os indutores e os cúmplices equiparando-se aos coautores (§ 830 (2)). De outro bordo, o CC português não abarca o assunto, a afastar a hipótese de incidência ao caso de concurso alternativo do art. 497 do mencionado Código, que trata de responsabilização solidária (Menezes Cordeiro, v. 2, t. 3, p. 739-740). No Direito brasileiro, não há, outrossim, um dispositivo como no *BGB*, porém isso não impede a utilização dos arts. 942, segunda parte e parágrafo único, do CC e 7º, parágrafo único, do CDC, para tratar do concurso alternativo, por ser a interpretação conferida por MENEZES CORDEIRO bastante restritiva, principalmente se o foco do intérprete for tutelar, em primazia, a vítima, como pretende se demonstrar nesta tese.

Passado o exame dos concursos de imputação realizada pelo autor português, volta-se a reflexão ao último ponto trazido por CORDEIRO para debate: criticar quem trata do assunto como concurso de causas, pois o problema não se limita à causa, já que esta não pode ser “desinserida do evento que, mercê de adequada valoração normativa dá lugar a determinada imputação” (Menezes Cordeiro, v. 2, t. 3, p. 739).

Sem embargo dos substanciosos argumentos lançados por **MENEZES CORDEIRO**, adota-se a ideia de um fato ou de uma pessoa, ou de uma variedade de fatos ou de pessoas poderem produzir o dano, a afastar a construção do citado autor português acerca do concurso de imputação. Lança-se mão da nomenclatura concurso de causas e (ou) de autoria, como exemplifica **PONTES DE MIRANDA**:

(...) um dos pontos mais dignos de atenção é o da pluralidade de causas, ou mesmo de causadores, coligados ou separados com a contemporaneidade ou com a sucessão. Se A pôs fósforo aceso no quintal do vizinho e B descobriu o começo do incêndio, lançou latas de querosene, para que os danos crescessem, ou mesmo, com medo do incêndio, correu e deixou que as latas caíssem, há duas ilicitudes danosas, sem que se possa falar de co-responsáveis. Se A e B cogitaram dos dois atos e o praticaram, os danos resultaram das concausas e há a pluralidade com a solidariedade, porque o ato ilícito absoluto foi uno e a multiplicidade foi subjetiva. Não importa quem atirou o fósforo ou quem jogou as latas. O lesado pode exigir a indenização de qualquer dos responsáveis, pois que são solidários, no todo, ou em parte. E, mais, se há dados precisos sobre a discriminação dos danos e das suas causas, subjetivamente determinadas, cada pessoa só é responsável pelo dano que causou, ou pelo qual é, por lei, responsável (Pontes de Miranda, 2012, t. 53, p. 211-212).

Do exemplo trazido à baila por **PONTES DE MIRANDA**, percebe-se a união de duas variáveis – causalidade e autoria –, que viabilizam um conjunto de casos atinentes: a) à autoria singular (causa única do dano atribuída a uma só pessoa ou uma pluralidade de causas atribuídas a uma só pessoa); b) à coautoria de fato danoso (causa única, com no mínimo dois causadores do dano); c) à concorrência de fatos do lesante com o caso fortuito e de força maior; d) à concorrência de fatos do lesante e do lesado; e) a causalidades concorrentes com diversos lesantes; f) à causalidade alternativa (dois ou mais fatos imputados a pessoas diferentes, ambos com potencialidade para causar o dano, mas sem que se possa afirmar com exatidão qual foi o causador do dano), com as alíneas “b-f” sendo categorizadas como de autoria coletiva. Todas essas hipóteses são extraídas da elaboração feita por **FERNANDO NORONHA**, em razão da densidade e da amplitude delineada para o concurso causal e de autoria realizada por este autor e acolhida nesta pesquisa (Noronha, 2010, p. 668-669).

A explicitação das hipóteses acima demanda um primeiro ponto a ser esclarecido sobre o sentido atribuído ao termo concausalidade. Sendo fiel à construção retrocitada, entende-se que a *concausalidade* significa a causalidade múltipla que pode ser conjugada com a autoria coletiva, a ensejar a causalidade concorrente, a causalidade concursal ou a causalidade efetiva. Noutros termos, a concausalidade

aponta para uma pluralidade de fatos concomitantes (ou não) que contribuem para o dano (Noronha, 2010, p. 670). Afasta-se, portanto, do sentido atribuído à concausalidade por parte da literatura jurídica como condições com eficácia parcial e insuficiente para a produção do evento danoso, a tornar necessária a concorrência entre as referidas condições para que tal evento se concretize (ver, por todos, Cavalieri Filho, 2010, p. 84).

A concausa, no sentido utilizado nesta tese, se une à(s) conduta(s) tida(s) inicialmente como causa(s) do(s) fato(s) danoso(s), alterando o resultado, por meio da interferência na cadeia causal primeva. A concausalidade ocorre de maneira anterior, contemporânea ou posterior à causa principal, e sua relevância consiste no fato de a concausa possibilitar a imputação de responsabilidade, a quantificação do dano reparável e até mesmo a exclusão da responsabilidade do agente se a primeira causa, por si só, é habilitada a produzir o dano (Mulholland, 2009, p. 105-106).

Nesse diapasão, a concausalidade se vincula às teorias do nexos causal, a revelar a importância da verificação teórica realizada do tema nesta tese. Outro esclarecimento se faz necessário: a utilização da classificação conferida por FERNANDO NORONHA, cultor da teoria da causalidade adequada jungida com a teoria da violação da norma, não induz à concordância desta tese com as teorias da causalidade por ele adotadas. Isso porque justamente a proposição desta tese é construir outra categoria normativa para verificar a causalidade jurídica, em razão da inflexão conferida pelas teorias do nexos causal mapeadas no primeiro capítulo, no que tange a colocar à vítima em um patamar de primazia no campo da responsabilidade civil e consumerista.

Feita essa breve digressão sobre as nuances que envolvem as ideias de concausalidade e de autoria singular e plural, passa-se ao exame dos casos hipóteses de autoria coletiva para a produção do evento danoso. Adota-se a perspectiva de junção entre a causa ou as causas geradora(s) do(s) dano(s) e (ou) a participação de diversos autores. Esclarece-se também que a quinta e última situação de concausalidade refere-se à *causalidade alternativa ou disjuntiva*, que será tratada em outro tópico deste capítulo.

Dessa maneira, a *primeira situação a ser* abordada é a de *coautoria de fato danoso*, também denominada de *causalidade comum, ordinária ou conjunta* ou de *causalidade plural comum*. Neste caso existe uma única causa geradora do dano, porém comum a várias pessoas, inclusive, em algumas hipóteses, à própria vítima,

sendo aplicada também aos casos de pluralidade de responsáveis (Noronha, 2010, p. 670).

A nomenclatura *causalidade comum* seria equívoca, porque não há uma pluralidade de causas, mas de pessoas, sendo mais correto tratar do tema como coautoria de fato danoso. Essa expressão deve ser utilizada em um sentido técnico, distinguindo-se as hipóteses em que há um único fato gerador do dano, daquelas em que existe uma pluralidade de causas e de autoria, como nas causalidades complexas, colaterais e concorrentes propriamente ditas. A coautoria de fato danoso demanda que no caso de um só fato danoso, com uma pluralidade de autores, a responsabilização seja solidária (CC, art. 942, segunda parte e parágrafo único, e CDC, art. 7º, parágrafo único), como, por exemplo, cada participante sendo responsável pelo dano total gerado pela destruição de um restaurante, devido a essa pluralidade de pessoas (Noronha, 2010, p. 670-671).

No direito espanhol, a título de conhecimento, a solução conferida pelo ordenamento jurídico é diversa, uma vez que os arts. 1.137 e 1.138 do CC espanhol impõem a proporcionalidade à contribuição de cada responsável para o evento danoso como critério de repartição de responsabilidade plural, e não a solidarização da responsabilidade. A solidariedade existirá somente no caso de não se poder aferir como cada coautor contribuiu para o mencionado evento danoso. A diferença entre sistemas jurídicos aponta para uma percepção de maior ou de menor proteção à vítima e ao lesante, com o direito brasileiro, neste ponto, convergindo, ao menos formalmente, para a tutela da vítima, haja vista que a solidariedade majora a possibilidade reparativa para aquele que foi submetido aos efeitos do evento danoso.

Passa-se à *segunda situação* alusiva ao *concurso entre o fato do responsável e o caso fortuito ou de força maior*, aferida como a primeira hipótese de *causalidade concorrente*. A concausalidade se encontra presente pelo fato de haver um concurso causal entre um fato produzido pelo responsável do dano e um caso fortuito ou de força maior <<eventos naturais ou ações humanas não individualizadas provocadoras de danos>>, normalmente excludentes das relações de causalidade. Nesse caso, o responsável pelo dano somente responderá pela parcela consequente a sua participação no evento danoso, como quando se imputa responsabilidade ao Estado pela projeção equivocada dos bueiros juntamente com a inundação decorrente de chuvas excepcionais. Caso não seja possível verificar a proporção, ainda que aproximada, de cada fato no evento danoso, presumir-se-á que a contribuição de cada

produtor do fato foi de igual proporção (Noronha, 2010, p. 672-673), como se infere do art. 1.227 do CC italiano, mantendo-se a responsabilidade de cada um na produção do evento.

A *terceira situação* trata do *concurso entre fatos do responsável e da vítima*, com a aferição (ou não) de culpa e de dolo de ambas as partes, com o dano não tendo ocorrido se não houvesse a participação do responsável e da vítima no citado evento danoso. No caso de haver culpa ou dolo do responsável e da vítima, poder-se-á indicar a repartição da reparação por meio de três critérios: a) proporção da conduta de cada corresponsável para o evento; b) gravidade da culpa de cada um; c) divisão igualitária dos prejuízos (Noronha, 2010, p. 673-674).

A divisão igualitária dos prejuízos é defendida por quem não admite a gradação de culpa no direito brasileiro (Casillo, 1994, p. 96), sendo essa solução um potencial rol de injustiças quando for possível aferir a parcela de responsabilidade de cada agente nos casos de ausência de responsabilidade solidária. O critério atinente à gravidade da culpa se insere no âmbito da função sancionatória da responsabilidade civil, podendo ser retirada dos arts. 945 do CC, 12, § 3º, III e 14, § 3º, III do CDC, com a culpa concorrente não excluindo a responsabilidade do lesante e da vítima, mesmo em uma relação de consumo (STJ – RESP 650.603. 3ª T. Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler. DJ de 18.06.2007; RESP 287.849. 4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado. DJ de 13.08.2001).

A utilização do grau de culpa é equívoca, pois o grau de culpa se refere ao *quantum* reparatório e não à causalidade, e nesta terceira situação se trata, a rigor, da causalidade e não do valor devido pelo dano. Nessa perspectiva, a corrente defensora da repartição da responsabilidade na proporção da concorrência dos fatos do responsável e da vítima para o evento alude para a causalidade e não para o grau de culpa como fator para tal divisão, uma vez que é a participação no evento danoso que reduzirá ou excluirá a responsabilidade das partes (Aguilar Dias, 2012, p. 38). Diante disso, o critério da causalidade é o mais adequado para se realizar a repartição de responsabilidades, como visto no primeiro capítulo desta pesquisa.

Destaca-se que a concorrência de culpas tem gerado o fracionamento da culpa entre os participantes do evento, mas não da reparação (TJRS – Acórdão 70029790102. 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Judith dos Santos Mottecy. DOES de 14.08.2009; TJMG – Apelação Cível 10480047058902-4/00011. 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Nilo Lacerda. DJEMG de 1.05.2008; TJRS – Acórdão 70029042454. 11ª

Câmara Cível. Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes. DOERS de 20.08.2009; TJPR – Agravo de Instrumento 0495738-4. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Arno Gustavo Knoerr. DJPR de 03.04.2009). Existe, contudo, um julgado do STJ que ao admitir culpa concorrente, manteve a solidariedade entre os agentes, mas por uma decisão de maioria, visto que alguns julgadores entenderam pela divisão proporcional diante da contribuição de cada um (STJ RESP 577.902. 3ª T. Rel.^a para acórdão Min.^a Nancy Andrichi. DJ de 28.08.2006).

Esta terceira situação possibilita que a concorrência de culpa ou do risco seja utilizada para a verificação do resultado danoso e para a extensão do dano. A concausa, presente em ambos os casos, se corporifica com o dano ou a sua extensão derivando de duas ou de mais causas, com pelo menos uma delas advindo de um comportamento da vítima. Esses casos permitem a redução da responsabilidade de forma proporcional (CC, art. 945), mesmo na hipótese de extensão do dano, embora nesta não haja previsão legal. Em ambas as hipóteses sempre será examinada a possibilidade de a vítima ter agido (ou não) de uma maneira que evitasse ou minorasse o dano (Silva, 2007, v. 7, p. 206).

Noutra perspectiva, existem exemplos expressos em lei em que a concorrência de fato do lesado não influi na exclusão do dever de reparar, como nos arts. 931 do CC, 12, § 3º, III e 14, § 3º, III do CDC, 17 do Decreto Legislativo n.º 2.681/12 (transporte ferroviário). A última questão a ser debatida nesta hipótese de concausalidade se relaciona à concorrência de fatos entre o responsável e o lesado, quando uma conduta é culposa e a outra se realiza por fato não culposos. Neste caso, o responsável responderá pela parcela proporcional do dano a que deu causa e concorreu para o evento (Noronha, 2010, p. 676).

Na *quarta situação* se examina a *causalidade concorrente ou complexa*, na qual o dano é causado por várias pessoas sem agirem com um concurso comportamental, pois cada conduta individual é capaz de contribuir integralmente para a produção do dano. Extraem-se três formas de apresentação da causalidade concorrente ou complexa:

a) *causalidade colateral*, em que dois ou mais fatos atribuíveis a pessoas diferentes podem, por si sós, causar todo o dano verificado, como no exemplo do cozinheiro e do empregado que, por condutas independentes, ministram veneno ao patrão em dose suficiente para causar-lhe o óbito, ou naquele caso de poluição de um rio por quem desenvolve as suas atividades à margem deste rio. Esses exemplos

viabilizam a coautoria do dano e a obrigação do dever de reparar, porque cada fato cooperou efetivamente para o dano verificado (Noronha, 2010, p. 676-678);

b) *causalidade concorrente propriamente dita*, cada fato não é suficiente para causar o dano, mas a soma desses fatos se torna a causa necessária do dano. Com isso, todas as pessoas, com condutas independentes, que contribuíram para o dano serão consideradas coautoras, pois a atuação isolada de cada uma delas não produziria o dano, a ensejar a responsabilização integral e solidária dos agentes. Um exemplo da causalidade concorrente propriamente dita se verifica com a contribuição de dois motoristas, um por excesso de velocidade e o outro por manter a luz alta, para o atropelamento da vítima, com a soma das causas configurando o dano (Noronha, 2010, p. 676-678).

Outro caso: uma pessoa é ferida em acidente de trânsito e, ao ser socorrida, é transportada em um veículo que cai em um rio que não é fundo; os ocupantes do veículo se salvam, mas a pessoa acidentada não consegue se locomover devido às lesões oriundas do primeiro acidente. Dessa forma, existem dois acidentes e duas causas concorrentes, todavia independentes, porque o segundo acidente não pode ser considerado consequência adequada do primeiro evento, mas somados resultaram no evento final (Noronha, 2010, p. 678-680; TJRJ Acórdão 6114/1993. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Elmo Arueira. J. 21.03.1995).

Deve-se ficar atento para o fato de, neste último exemplo, poder incidir no caso o Enunciado 145/STJ, que somente demandaria responsabilidade ao transportador se este agisse com dolo ou culpa grave e se o transporte for desinteressado e de simples cortesia. Esse entendimento é errôneo, em razão de o contrato de transporte ser um exemplo de critério objetivo agravado de valoração da responsabilidade, a expurgar a necessidade de se aferir dolo e culpa do lesante, como demonstrado no primeiro capítulo desta tese.

c) *causalidade cumulativa* ou *acumulativa*, em que cada um dos responsáveis agiu de forma independente e causou adequadamente uma parte específica do dano total, com a responsabilidade de cada um ficando limitada à parte do dano que efetivamente causou. Essa situação ocorre, por exemplo, quando o automóvel da vítima é afetado em sua traseira, arremessado para a outra faixa de trânsito e novamente é atingido, agora na parte da frente do veículo, a ensejar o dano total ao possante (Noronha, 2010, p. 680-681; TRF 2ª Região Acórdão 940211965-5. 6ª Turma. Rel. Des. Paul Erik Dryrlund. DJU 08.04.2004). É possível defendr a

responsabilização solidária dos responsáveis perante a vítima e o compartilhamento de responsabilidades entre os coobrigados, a fim de que a tutela da vítima seja facilitada e concretizada de maneira mais factível. Ressalte-se que a causalidade cumulativa demanda uma prova robusta da delimitação de responsabilidade de cada agente pelo dano, pois a dúvida acerca da participação de cada lesante no evento implicará a possibilidade de ambos terem contribuído para a totalidade do dano (CC italiano, art. 1.227), a configurar a presunção natural de ocorrência de algumas das anteriores causalidades, na forma do art. 335 do CPC.

As causalidades concorrentes ocorrem de forma simultânea (acontecem ao mesmo tempo) ou sucessiva (uma causa sendo posterior à outra – STJ – RESP 325.622. 4ª T. Rel. Des. Convocado Carlos Fernando Mathias. DJ-e de 10.11.2008). Nas causas concorrentes, a responsabilidade dos causadores em relação à vítima ou ao seu representante é solidária (CC, art. 942, segunda parte e parágrafo único, e CDC, art. 7º, parágrafo único), havendo, contudo, entendimento contrário pela repartição da responsabilidade (TRF 4ª Região – AC 1999.04.01.071217-O. 3ª T. Rel. Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrière. DJU de 06.12.2000). Certo é que o direito de regresso advindo da responsabilização solidária pela causalidade simultânea circunscreve a responsabilidade dos demais coobrigados ao quinhão de suas responsabilidades. Essa responsabilização regressiva está aportada em critérios presuntivos, como o percentual do mercado a cada responsável, o volume de produção, o tempo da atividade relativa ao dano, entre outros. Na impossibilidade de se aferir a repartição da responsabilidade entre os coobrigados, dividir-se-á em partes iguais o valor da condenação (CC italiano, art. 1.227).

A causalidade concorrente sucessiva requer saber se a causa posterior interrompe (ou não) o nexo causal, como na hipótese de um acidentado ser levado ao hospital por um ferimento causado pelo lesante, vindo a falecer em decorrência de uma intervenção cirúrgica, com o causador do ferimento não respondendo pelo evento morte (Tepedino, 2001, p. 17). A causa sucessiva, outrossim, pode não interromper o nexo causal, porém pode determinar total ou parcialmente o resultado específico, como no exemplo acima, em que o acidentado foi mal atendido na emergência do hospital, vindo a falecer. Nessa linha, o fato posterior não produzirá efeitos, salvo se o dano resultar total ou parcialmente do evento posterior, podendo também ter sido produzido pelo primeiro evento (Silva, 2007, v. 7, p. 205).

Outro esclarecimento a feito quanto à temática das causalidades

concomitantes e sucessivas é a diferenciação destas com as condições *pré-existentes*, pois sem tais condições o dano não seria produzido, como as condições particulares da vítima. Por exemplo: a vítima sofre um pequeno golpe na cabeça e já possuía uma fratura no crânio em razão de uma má formação congênita. O lesante, mesmo não conhecendo o fato, responde pelo fato de a sua conduta ter desencadeado o efeito (Silva, 2007, v. 7, p. 205).

Ultrapassada a temática das causalidades concomitantes e sucessivas, é a causalidade superveniente que passa a demandar reflexão. Esta se conjuga com o processo causal iniciado, modificando o seu resultado; faz-se sendo imprescindível demonstrar “um vínculo de necessariedade entre o *conjunto de causas imputadas* e o dano” (Tepedino, 2001, p. 16). Como dito, quando do trato da teoria da equivalência das condições, o parágrafo único do art. 13 do Código Penal brasileiro utiliza as concausalidades relativamente supervenientes para conformar a causalidade: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Nesse passo, diferenciam-se as concausas absolutamente independentes das concausas relativamente independentes. As primeiras excluem o nexos causal e iniciam outra causalidade diversa, a afastar a responsabilidade do agente (Mulholland, 2009, p. 110; TJDF – Apelação Cível 3911596. 4ª T Cível. Rel. Des. Everards Mota e Matos. J. 27.08.96). Para fins do Código Penal brasileiro, por conseguinte, a concausalidade relativamente independente superveniente, que por si só produza o dano, não impede a imputação de responsabilidades pelos fatos anteriores a ela.

A concorrência de causa também inclui as ideias de causa nova e de causa estranha, que servem, de acordo com a teoria francesa, para diferenciar as causas concorrentes supervenientes que rompem o nexos causal anterior, daquelas que agravam o resultado do dano, unindo-se à causalidade original. Nessa perspectiva, a causa nova se une com a cadeia causal originária, rompendo-a, e formando um novo nexos de causalidade. A causa estranha é uma concausa que se coliga à cadeia causal original e agrava o resultado danoso, a gerar a obrigação por inteiro de cada um dos coautores do dano. A causa estranha somente será afastada se esta concausalidade for de força maior ou de caso fortuito, pois o fato de terceiro, por exemplo, mantém a continuidade causal (Viney; Jourdain, 1998, p. 217-254). Como visto anteriormente, o

caso fortuito ou de força de maior, no direito brasileiro, pode não romper totalmente o nexo causal, a tornar necessária a compatibilização das ideias de causa nova e de causa estranha para o direito pátrio.

Como visto anteriormente, o caso fortuito ou de força de maior, no direito brasileiro, pode não romper totalmente o nexo causal, a tornar necessária a compatibilização das ideias de causa nova e de causa estranha para o direito pátrio.

O último tema ainda relacionado às concausalidades é o exame acerca da solidariedade (ou não) dos coautores do dano. Esta solidariedade, normalmente, sendo afastada nas hipóteses de *causalidade cumulativa*, de *concurso entre o fato do responsável e o caso fortuito ou de força maior e entre o fato da vítima ou o fato de terceiro e o fato do responsável*, em que haverá a delimitação da responsabilidade para cada lesante em face de sua participação no evento. Parece que, ao menos em relação à causalidade cumulativa, a responsabilidade deva ser solidária, em homenagem à primazia da vítima.

Situação relevante é aquela em que exista um seguro facultativo de responsabilidade civil, na qual o segurador se responsabiliza solidariamente, mas circunscrito ao valor da obrigação assumida, com o lesado, podendo exigir diretamente da seguradora a reparação pelos danos sofridos (CC, art. 787, e Lei n.º 6.194/74, art. 9º; STJ – RESP 925130. 2ª Seção. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 20.04.2012). Nos seguros obrigatórios de responsabilidade, o art. 788 do CC também impõe à seguradora pagar o dano diretamente ao lesado, como ocorre com os arts. 5º e 6º da Lei n.º 6.194/74, que trata de seguros por acidentes de veículos. Outros casos, já fora do âmbito securitário, permitem que a responsabilidade solidária seja limitada para alguns coobrigados a um determinado montante, como na hipótese em que dois coobrigados por danos extramateriais são obrigados por valores máximos diferentes, em razão da variedade de fatores que valoram estes danos, a ensejar uma responsabilidade solidária apenas até o montante máximo da reparação comum (Noronha, 2010, p. 686).

Após a verificação da responsabilidade securitária, aporta-se à questão da solidariedade, que está intimamente ligada ao direito de regresso de quem arcou com a reparação em relação aos demais coobrigados. Estes serão responsabilizados somente pelo montante de cada quota-parte, e a presunção é de que seja igual entre eles (CC, art. 283). Caso haja insolvência ou falência de um ou de mais dos coobrigados, a quota-parte do insolvente ou do falido será repartida entre os demais

coobrigados, de acordo com a proporcional responsabilidade de cada um. Essa regra pode sofrer temperamentos: a) no campo do critério subjetivo de valoração da responsabilidade, a reparação pode ser repartida na proporção de cada um na configuração do dano, pois a gravidade de culpas não é um critério correto para tal mister, como apontado alhures, embora o art. 15, § 3º, do Decreto Legislativo n.º 2.681/12 trate do grau de culpa como parâmetro para dividir a responsabilidade; b) no âmbito do critério objetivo de valoração da responsabilidade, o critério também é o da proporção de cada um na configuração do dano, como se extrai do parágrafo único do art. 13 do CDC.

Outra situação se afere quando os coobrigados respondem solidariamente e o critério de valoração da responsabilidade é diverso entre eles, como se verifica no art. 932, III, do CC. Isso porque o empregado que cometeu o ilícito responde pelo critério subjetivo e de forma solidária com o patrão, que, por sua vez, responde pelo critério objetivo. Caso o patrão pague pelo dano, poderá regressivamente reavê-lo do empregado (CC, art. 934); mas se foi este quem arcou com o dano, não poderá receber o valor de seu empregador, por ter sido o empregado o causador do dano.

À vista do exposto, da concausalidade e da coautoria emerge a análise dos institutos que podem interromper o nexos causal de forma parcial (caso fortuito ou de força maior concorrentes) ou total (caso fortuito e de força maior exclusivos), e aqueles que afastam o dever de reparar de um agente de maneira parcial ou total (fato de terceiro e fato da vítima). Isso porque, por meio destes institutos, verifica-se se o foco é tutelar prioritariamente a vítima ou lesante. A responsabilidade civil e consumerista, em diversas situações, pende para a proteção do lesante, o que ofende os pressupostos contemporâneos da responsabilidade por danos, a serem delineados na segunda parte desta tese.

Desse modo, o primeiro ponto a ser abordado na ambiência das excludentes do dever de reparar, seja pela interrupção do nexos, seja pela ausência dele, se relaciona a enquadrar o fato da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou de força maior como hipóteses de interrupção parcial ou total do nexos causal ou como caso de inexistência do nexos causal, visto que a causalidade jurídica não teria se formado, a impossibilitar a ideia de rompimento do nexos, visto que ele sequer chegou a se estabelecer (Pizarro, 2009, v. 2, p. 478-481; somente em relação ao fato da vítima e ao fato de terceiro - Sampaio da Cruz, 2005, p. 157-158).

A construção acima, de inexistência de nexos causal, aplica-se ao fato exclusivo

de terceiro e ao fato exclusivo da vítima (Pereira Coelho, 1998, p. 29), uma vez que a causalidade inexistente e ambos os institutos são responsáveis pela causação do dano. Se o fato de terceiro e o fato da vítima forem concorrentes com o outro evento danoso, haverá uma concorrência de responsabilidades, com uma parcial interrupção da causalidade e a responsabilização de ambos os agentes pelo evento danoso. Saliente-se que os três institutos não se circunscrevem à responsabilidade civil ou à responsabilidade consumerista (STJ – 120.647. 3ª T. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJ-e de 15.05.2000), como defendem alguns (ver Pizarro, 2009, v. 2, p. 480), mormente diante do diálogo metodológico e de conteúdo entre as disciplinas jurídicas.

Nesse passo, a interrupção da causalidade jurídica demonstra que um primeiro fato poderia provocar determinado efeito, todavia, um segundo fato impede a produção de efeito do primeiro fato e produz o dano, como se percebe com o caso fortuito ou de força maior. Destaca-se que, a rigor, não consistem em causalidade interrompida as hipóteses de fato exclusivo da vítima e de fato exclusivo de terceiro, pois o possível agente responsável e pode ser utilizado como mero instrumento do dano. Nessa linha, não há a interrupção de um primeiro fato que causaria o dano, porém o agente responsável pelo dano deixa de responder quanto ao prejuízo pela ocorrência do fato exclusivo da vítima ou de terceiro (Sampaio da Cruz, 2005, p. 159). Somente se fala em interrupção total do nexo causal quando o caso fortuito ou de força maior for exclusivo para a produção do dano. Se este instituto concorrer com outro fato danoso ou se o fato da vítima e o fato de terceiro não forem exclusivos, haverá a interrupção parcial do nexo causal e a concorrência de responsabilidades.

Principia-se a análise dos mencionados institutos pelo denominado *fato de terceiro*, extraído de forma indireta dos arts. 640, 929-930 e 936 do CC e do art. 8º da Diretiva 85/374 do Direito comunitário europeu, aqui como fato de terceiro concorrente, e explicitamente considerado excludente total do dever de reparar pelos arts. 12, § 3º, III e 14, § 3º, III do CDC. Terceiro é aquela pessoa diversa do teoricamente causador ou responsável pelo dano e da vítima, assim como aquele que utiliza o bem contra determinação expressa ou presumida do seu dono ou do guardião, como nos casos de furto, de roubo, de apropriação indébita e de requisição forçada de veículos (Iturraspe, 2004, p. 72). O fato de terceiro deve ser cabalmente provado (STJ – RESP 820381. 4ª T. Rel. Min. Jorge Scartezzini. DJ de 02.05.2006); com este ônus cabendo ao lesante ou ao responsável pela reparação, pela precaução ou pela prevenção do dano.

Na responsabilidade por fatos de outrem (CC, art. 932), o responsável não é considerado terceiro para fins de exclusão do nexo causal, do mesmo modo como ocorre em relação aos envolvidos com a publicidade, na forma do art. 34 do CDC, e na responsabilização da cadeia de consumo por defeito do serviço e do produto (STJ – RESP - 980860. 3ª T. Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi. DJ-e de 02.06.2009). Há discussão se o comerciante seria terceiro, por conta da responsabilização subsidiária prevista no art. 13 do CDC. A resposta é negativa, porque não se pode confundir o regime diferenciado do comerciante com as excludentes de nexo e de responsabilidade postas no CDC. O comerciante se enquadra no âmbito da cadeia de consumo, até pelo fato de melhor proteger, pela amplitude dos responsáveis, a vítima (Miragem, 2013, p. 535-536).

O fato de terceiro somente exonera a responsabilidade quando constitui causa estranha ao devedor e à vítima e elimina totalmente o dever de reparar pelo aparente responsável. O fato de terceiro, normalmente, se verifica no bojo das relações negociais, devendo-se analisar se a intervenção do terceiro no negócio jurídico reflete uma situação capaz de excluir o dever de reparar ou se concorre para a produção do dano, já que a conexão do fato de terceiro não pode ser alocada como inerente ou integrante da atividade de pelo menos um dos contratantes, o que não ocasionaria a exclusão do dever de reparar (Aguilar Dias, 2012, p. 782).

Nessa perspectiva, cabe apresentar os pressupostos ensejadores do fato de terceiro, como excludente total do dever de reparar em um evento danoso: a) *causalidade*, o fato de terceiro para excluir o dever de reparar deve ser considerado a causa do dano; b) *imputabilidade*, a imputação do fato danoso deve ser realizada ao terceiro, pessoa diversa do teoricamente causador ou responsável pelo dano e da vítima. As pessoas nas quais o agente responde (CC, art. 932) não são consideradas terceiras, como estranhas à relação entre vítima e responsável. Algumas destas pessoas podem ser consideradas terceiras para fins de direito de regresso, porém isso não influencia na relação vítima e responsável; c) *identidade*, com o fato de terceiro sendo imputado a alguém estranho à relação vítima-responsável, mesmo que este estranho não seja identificado, por exemplo, o terceiro que produz um dano e foge. Se o dano produzido não pode ser imputado ao terceiro, caracterizar-se-á caso fortuito ou de força maior; d) *iliceidade*, não é necessário que o fato de terceiro seja ilícito para ser considerado como causa exclusiva de interrupção do nexo causal (Aguilar Dias, 2012, p. 783-784).

Existe controvérsia na literatura jurídica e na jurisprudência em enquadrar a imprevisibilidade e a inevitabilidade em relação ao responsável pelo dano, a partir da perspectiva de previsibilidade ou de evitabilidade do fato de terceiro, para fins de exclusão do dever de reparar. Uma primeira corrente aduz para a imprescindibilidade de tais fatores para o reconhecimento do fato de terceiro, sob o argumento de que não deve conter nenhuma relação com a atividade desenvolvida pelo suposto responsável (Cavaliere, 2010, p. 488; STJ – RESP 685662. 3ª T. Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi. DJ de 05.12.2005; RESP 703324. 3ª T. Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi. DJ de 21.03.2005; RESP 209062. 4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado. DJ de 05.08.2002; RESP 427582. 3ª T. Rel. Min. Castro Filho. DJ de 17.12.2004).

Uma segunda corrente rejeita tal necessidade, uma vez que a vítima não pode suportar a responsabilidade pelo evento, sendo necessário que o fato de terceiro (previsível ou não) seja considerado causa do evento, para fins de exclusão do dever de reparar (Mazeaud; Mazeaud; Tunc, 1961, v. 2, p. 241). Uma terceira corrente menciona a verificação de tal imprevisibilidade no caso concreto, conjugado com os deveres do agente na situação em que se quer imputar a responsabilidade pelo dano (Aguiar Dias, 2012, p. 788). O entendimento que apresenta uma maior plausibilidade parece ser aquele que considera o fato de terceiro como determinante exclusiva do resultado danoso, a fim de que o dever de reparar seja excluído (Paula, 2011, p. 139).

Existe outro debate envolvendo o fato de terceiro, indevidamente denominado de culpa de terceiro, qual seja a da sua incidência (ou não) em qualquer hipótese relacionada aos critérios (subjetivo, objetivo e pelo sacrifício) de valoração da responsabilidade. O fato de terceiro não se restringe às hipóteses de critério subjetivo de valoração da responsabilidade na perspectiva de fato ilícito, como defende VILLAÇA (2004, p. 255-256), pois também é utilizado nos casos de critério objetivo de valoração da responsabilidade, como se verifica nas relações de consumo (CDC, arts. 12, § 3º e 14, § 3º). Isso se comprova, por exemplo, com o contrato de transporte, como se extrai do Enunciado 187/STF: “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. A responsabilidade valorada pelo sacrifício também é abarcada pelo fato de terceiro, não se podendo restringir tal excludente, como pretende parcela da literatura jurídica.

Como se vê, o fato de terceiro possui peculiaridades que devem ser observadas, e diversos exemplos podem ser citados:

a) acidente de trânsito em que um caminhão atingiu um ônibus e este colidiu com um automóvel, a ensejar a responsabilização por culpa de terceiro (motorista do caminhão), e não do motorista do ônibus em relação ao motorista do automóvel (Primeiro Tribunal de Alçada Cível de SP – Apelação 1041592-O. 11ª Câmara. Rel. Antônio José Silveira Paulilo. J. 21.02.2002);

b) responsabilização do proprietário do veículo derivada da pressuposição de mau uso do automóvel, configurado no agir culposos do terceiro condutor, causador do acidente (STJ – RESP 608.869. 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ-e de 09.02.2009);

c) exclusão da responsabilidade da Empresa Brasileira de Correios e de Telégrafos (ECT), que presta o serviço de recebimento/coleta, transporte e entrega domiciliar aos destinatários em âmbito nacional e é equiparada às transportadoras de cargas, nos casos de roubo das mercadorias transportadas. A responsabilidade somente pode ser atribuída à ECT ou às transportadoras de cargas se estas não adotaram as cautelas razoavelmente necessárias para a atividade desenvolvida (STJ – RESP 976.564. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 23.10.2012);

d) exclusão da responsabilidade da companhia de ônibus em caso de assalto à mão armada, por ser inteiramente estranho à atividade desenvolvida pela transportadora (STJ – RESP 435.865. 2ª Seção. Rel. Min. Barros Monteiro. DJ de 12.05.2003);

e) exclusão da responsabilidade da companhia de ônibus por fato de terceiro em vista do arremesso de objeto, de fora para dentro do veículo, a causar danos ao passageiro, uma vez que o citado arremesso não guarda conexão com a atividade normal do transportador (STJ – RESP 231.137. 3ª T. Rel. Min. Castro Filho. DJ de 17.11.2003).

Após a ilustração com os exemplos acima, cabe delinear a derradeira discussão sobre a exclusão total do dever de reparar por fato de terceiro. Existe corrente afirmando que o fato de terceiro não elimina o nexo causal de pronto, já que o agente causador do dano seria um instrumento físico do terceiro, que seria demandado pelo causador do dano, como ocorre nos casos de estado de necessidade, de dano nuclear, de responsabilidade em uma relação de consumo, por vedação à denunciação à lide (CDC, art. 88), e na responsabilização valorada pelo critério objetivo do Estado ante o administrado (Senise Lisboa, 2006, p. 312-313). Esse entendimento parece equivocado, em razão da dicção dos arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, III, do CDC, que

admitem o fato de terceiro como excludente do dever de reparar, salvo nas hipóteses de risco integral, de critério objetivo agravado e naquelas em que o fato de terceiro não exclui totalmente o nexo causal, mas concorre para a produção do dano.

Por isso que, doravante, tratar-se-á dos casos em que o fato de terceiro não exclui totalmente o nexo causal. A concorrência do lesante com o terceiro não exclui totalmente a responsabilidade do lesante (STJ – RESP 654.130. 4ª T. Rel. Min. Jorge Scartezini. DJ de 21.11.2005), como na hipótese de responsabilidade de acidentes de trânsito causados por animais na pista, em que há concorrência de causas e de responsabilidades entre a concessionária de serviço público e o dono do animal (STJ – RESP 647.610. 3ª T. Rel. Min. Castro Filho. DJ de 30.06.2006).

Pode haver, na hipótese de concorrência entre a conduta do lesante e o fato de terceiro, a responsabilização solidária (CC, art. 942, *caput*, segunda parte e parágrafo único, e CDC, art. 7º, parágrafo único), devendo ser aferido em que hipótese de concausalidade o caso concreto se enquadra, pois pode existir responsabilidade divisível pela cota de participação de cada responsável, como delineado por AGUIAR DIAS:

(...) torna-se indispensável distinguir os casos em que há, ou não, presunção de responsabilidade contra o devedor. Se não se invoca nenhuma presunção de responsabilidade, é preciso saber: a) se o dano se deve a uma só causa. Neste caso, o fato exclusivo de terceiro não pode deixar de exonerar. Falta de todo em todo o laço de causalidade entre a atividade do agente e o dano. Desnecessário se considera dizer que, se o fato se deve exclusivamente a fato de o agente, nem se pode cogitar de fato de terceiro, que porventura tenha intervindo, ainda que culposamente, nos acontecimentos; b) ou tem mais de uma causa, o que constitui, aliás, o caso mais frequente. Esta hipótese ainda pode ser desdobrada: ou se trata de contrato, em relação a ambos os devedores, e neste campo a solidariedade não se presume, pelo que cada um responde pela sua cota viril e só por ela, o que quer dizer que a intervenção do terceiro exonera apenas em parte o agente, em face da vítima, que é obrigada a dirigir a ação contra ambos; ou se trata de devedores não contratuais, e neste caso cada um é obrigado pelo todo (Código Civil de 2002, art. 942), o que resulta em responsabilidade integral do agente, isto é, inocuidade do fato de terceiro em relação à responsabilidade daquele que a vítima escolha para pedir a reparação, se bem que, entre os autores da ofensa, se reconheça o direito de regresso (Aguiar Dias, 2102, p. 784-785).

Além disso, existem casos em que há a presunção de responsabilidade, com o fato de terceiro excluindo a responsabilização em duas das situações e mantendo-a em uma hipótese: a) presunção de responsabilidade contra o devedor, como nos casos dos arts. 932, 937 e 938 do CC, bem como a responsabilidade do guardião de bens, em que, se provado o fato de terceiro como causa do dano, a responsabilidade do agente será afastada; b) presunção de responsabilidade de terceiro, como na

hipótese de o viajante ser vítima de uma agressão, na qual aciona o lesante e não o transportador, ou no caso da vítima de acidente de trânsito que demanda o causador do dano e não o dono do automóvel, na qualidade de guardião do veículo. Nessas hipóteses, o terceiro responde pelo evento danoso, sendo afastada a responsabilidade do agente presumivelmente responsável; c) presunção de responsabilidade do agente e de terceiro, como no caso de colisão de veículos, na qual a vítima pode demandar contra o terceiro ou em relação ao agente, com o fato de terceiro não influenciando em nada a situação da vítima para fins de exclusão da responsabilidade do agente. Os danos serão repartidos de acordo com a participação de cada agente ou de forma solidária, a depender de como o evento danoso será enquadrado no âmbito das concausalidades (em sentido parecido, ver Aguiar Dias, 2012, p. 785-787).

O fato de terceiro também não exclui o nexo causal e a responsabilidade dos agentes nas hipóteses de poluição ambiental, como no derramamento de nafta em decorrência da avaria no navio que transportava o produto em Paranaguá, município do Estado do Paraná. O fato de terceiro foi afastado diante da teoria do risco integral e pelo princípio do poluidor pagador em casos de dano ambiental (CF/88, art. 225, § 3º e Lei n.º 6.938/81, art. 14, § 1º) (STJ – RESP 1.114.398. 2ª Seção. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ-e de 16.02.2012). O fato de terceiro também não exclui a responsabilidade da instituição financeira pela utilização indevida por terceiro de talonário de cheques extraviados da aludida instituição financeira, haja vista que se configura o fato do serviço (STJ – RESP 1.087.487. 3ª T. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ-e de 04.08.2009).

Caso interessante foi julgado pelo STJ, que manteve a responsabilidade da companhia de ônibus pelo fato de terceiro em um acidente de trânsito no qual o motorista do caminhão (terceiro) jogou o veículo debaixo de um ônibus, o que acarretou o atropelamento de pedestres por parte do coletivo. O atropelamento e o acidente vinculam-se ao risco da companhia de ônibus, preservado o direito de regresso. Desse modo, o fato de terceiro que exonera a responsabilidade é aquele que com o transporte não guarde conexão. Se o acidente se deu enquanto trafegava o ônibus, provocado por outros veículos, não se pode dizer que ocorreu fato de terceiro estranho ou sem conexão com o contrato de transporte (STJ – RESP 469867. 3ª T. Rel. Min. Menezes Direito. DJ de 14.11.2005).

O STJ decidiu um caso de morte ocorrida na chamada *micareta*, evento de música baiana que ocorre em várias cidades do Brasil, no qual o evento morte se insere no âmbito do risco-proveito do serviço de lazer prestado, a afastar o fato de

terceiro como meio excludente do dever de reparar. Isso porque nas “micaretas, o principal serviço que faz o associado optar pelo bloco é o de segurança, que, uma vez não oferecido da maneira esperada, como ocorreu na hipótese dos autos, em que não foi impedido o ingresso de pessoa portando arma de fogo no interior do bloco, apresenta-se inequivocamente defeituoso” (STJ – RESP 878.265. 3ª T. Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi. DJ-e de 10.12.2008).

Por fim, a influência do fato terceiro também deve ser verificada em duas situações não debatidas na literatura jurídica e na jurisprudência acerca da possível influência do referido instituto: a) teoria do terceiro cúmplice; b) transpersonalização das obrigações.

A teoria do terceiro cúmplice tem por condão tratar da influência ilícita de um terceiro, não formalmente contratante, em uma relação contratual, por meio da indução ao inadimplemento ou ao adimplemento defeituoso, a dilatar a eficácia do negócio para além das partes formalmente contratantes (Rodrigues Júnior, 2004, p. 94-98; STJ – RESP 468.062. 2ª T. Rel. Min. Humberto Martins. DJ-e de 01.12.2008). Um exemplo de grande repercussão no direito brasileiro envolveu o sambista Zeca Pagodinho, contratado para fazer campanha publicitária para Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (denominada de Nova Schin), e a Ambev (Companhia de Bebidas das Américas), que aliciou o sambista para inadimplir o contrato com a Nova Schin e lhe prestar serviços (CC, art. 608) (ver, sobre o tema, Pinheiro; Glitz, 2008, v. 2, p. 323-344). Pode-se enquadrar este caso na teoria do terceiro cúmplice e condenar a Ambev e o sambista a repararem os danos sofridos pela Nova Schin, em razão de a Ambev ter contribuído para o citado inadimplemento contratual. A Ambev é considerada terceira ao contrato, mas também responde pelo inadimplemento, já que, no caso, o fato de terceiro concorre para a produção do dano.

O caso acima relatado aponta para outra configuração jurídica possível, que enquadra a Ambev não como terceira, senão como parte material da relação contratual entre o sambista e a Nova Schin, haja vista que a Ambev interfere subjetivamente em uma relação jurídica << a superar a ideia do sujeito formal>>. Quem influencia o outro em uma relação contratual e não se encontra formalmente no contrato é considerado contratante também (CC, arts. 112, 113, 421 e 422) e responderá materialmente e processualmente como parte (CPC, arts. 46-49 e 472), como se infere do parágrafo 311 (3) c/c com o § 241 (2) do *BGB*. Esse instituto pode

ser denominado de transpersonalização das obrigações (Fachin, 2008b, p. 459; Fachin; Brekailo, 2009), expressão cunhada por WANDERLEI DE PAULA BARRETO (2005). A transpersonalização das obrigações, portanto, transforma o formalmente terceiro em parte da relação jurídica, a ressignificar a teoria do terceiro cúmplice e a tornar dispensável o instituto do fato de terceiro no presente caso.

Realizado o estudo acerca do fato de terceiro, inicia-se em seguida a análise do *fato da vítima ou fato do prejudicado*, presente no *Digesto* 50, 17, 203: *quod quis ex culpa sua damnun sentit, non intelligitur damnun sentire* << quando alguém experimenta dano, por culpa sua, não se entende que sofra dano >> (Paula, 2011, p. 140), sendo certo que o fato da vítima, contemporaneamente, não se restringe às hipóteses de culpa (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 876-879).

Nessa linha, o fato da vítima pode afastar integralmente o dever de reparar (CDC, arts. 12, § 3º, II e 14, § 3º, II, CC argentino, art. 1.111, Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, art. 17) ou concorrer para a produção do dano, a ensejar a responsabilização concorrente da vítima e do lesante, por exemplo, no polêmico caso de responsabilidade da indústria do tabaco e do fumante (ver Tartuce, 2011, p. 337-369; Barbosa; Andreis, 2012; Aguiar Júnior, 2012). A responsabilidade da vítima permite que ela não tenha uma postura indiferente ao dano, devendo, outrossim, se prevenir e se precaver de situações danosas. Existem, contudo, casos como o de dano ambiental, em que a exclusividade e a concorrência do fato da vítima não incidem, tendo em vista as especificidades dos danos ambientais, que vitimizam uma coletividade (Paula, 2011, p. 143).

O segundo ponto a ser delineado acerca do fato da vítima refere-se ao dever desta vítima de mitigar o próprio prejuízo, mesmo quando ela não contribui para o evento danoso. A vítima também não deve agravar o dano, senão minorá-lo na medida do possível (Varela, 2005, v. 1, p. 917; sobre o assunto, ver Fradera, 2004), podendo-se lastrear este dever de mitigação na boa-fé e em outros princípios jurídicos como a função socioambiental do contrato, da posse e da propriedade. Nesse passo, a mitigação do próprio prejuízo atinge o *quantum* reparatório relacionado ao dano e não a concausalidade do fato da vítima com outro fato danoso.

Além disso, como afirmado em relação ao fato de terceiro, o fato da vítima abarca as hipóteses de critério de valoração da responsabilidade subjetivo, objetivo (Aguiar Dias, 2012, p. 797-798; TJPR – Apelação Cível 0640090-8. 10ª Câmara Cível. Rel. Juiz Convocado. Albino Jacomel Gueiros. DJPR 16.04.2010) e pelo

sacrifício, não podendo o instituto ser denominado de culpa da vítima. Outro tema relevante é o da aplicação do fato da vítima por conta de condutas lesivas dos absolutamente e dos relativamente incapazes, que podem ser consideradas excludentes do dever de reparar, pois o problema não é de imputação, mas de ausência do dever de reparar por fato exclusivo da vítima, a tornar indiferente a questão da capacidade do agente (Sampaio da Cruz, 2005, p. 169-171).

Questão controversa relaciona-se à desnecessidade de o fato exclusivo da vítima ser imprevisível e inevitável, porque o que importa é saber se a conduta foi exclusiva para afastar o dever reparatório, não obstante exista entendimento pela imprescindibilidade de tais fatores para a caracterização do fato da vítima (Mulholland, 2009, p. 126; TJRS – Apelação Cível 70003182318. 10ª Câmara Cível. Rel.^a Des.^a Liz Ary Vessini de Lima. J. 31.10.2002; Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 876-881).

Releva, destarte, examinar como a jurisprudência tem tratado o fato da vítima, a partir de alguns exemplos:

a) há fato exclusivo da vítima, na modalidade culposa, em caso de menor não sócio do clube que o invadiu de forma clandestina para nadar em piscina em construção, fora do horário de funcionamento, bem como pela culpa concorrente dos pais por tal fato, a afastar a reparação pretendida do clube (TJSP - Apelação Cível 107798-4. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Carlos Stroppa. J. 07.11.2000);

b) há fato exclusivo da vítima, na modalidade culposa, no caso do adolescente que tem um comportamento agressivo na escola, a gerar danos ao próprio adolescente (TJSP - Apelação Cível 159.546-4/1-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel.^a. Des.^a. Márcia Tessitore. J. 24.06.2005);

c) há fato exclusivo da vítima, na modalidade culposa, em hipótese de um frequentador de parque público de Jundiaí que acabou falecendo ao exercitar-se nas suas dependências, de modo inadequado. A pessoa tentou fazer exercícios de *barra* na trave do campo de futebol, que não suportou o o peso da vítima, desabando sobre esta e acarretando o seu falecimento (TJSP – Apelação Cível 086.318-5. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Corrêa Viana. J. 10.10.2000);

d) há fato exclusivo da vítima nos casos de desrespeito por parte da vítima em relação ao tratamento delimitado pelo médico, como na hipótese de uso de tabaco pela paciente que realizou uma cirurgia plástica estética e não deveria utilizar tal substância, o que lhe causou danos não imputáveis ao profissional da medicina (TJRS

– Apelação Cível 70036200970. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Rolim Stockerm. DJERS de 09.06.2010);

e) há fato exclusivo da vítima na hipótese de o frequentador de casa noturna que cause tumulto no recinto e é agredido pelos seguranças do local, estes em legítima defesa, a afastar a responsabilidade reparatória por parte da casa noturna (TJMG – Apelação Cível 4997061-38.2009.8.13.0024. 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Luciano Pinto. DJEMG de 01.02.2011);

f) há fato exclusivo da vítima que teve o cartão magnético do banco furtado em sua residência, com terceiro utilizando o objeto para saques, o que ensejou a irresponsabilização do banco por ausência de fato ou de vício do serviço (TJSP – Apelação 99010263689-5. 21ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Itamar Gaino. DJESP de 07.12.2010);

g) existe fato exclusivo da vítima que instala equipamento em sua residência em desacordo com a legislação vigente, a causar refluxo no esgoto e danificação de móveis e de utensílios domésticos, a expurgar o dever reparatório por aquele que vendeu o equipamento para a vítima (TJSP – Apelação 992.05.060362-1. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Walter Zeni. DJESP de 31.03.2010);

h) há fato exclusivo da vítima que frauda serviço público de energia elétrica com instalações clandestinas e sofre danos por conta de tal instalação, cujo ônus de comprovação da prova acerca do referido evento cabe à prestadora de serviço (TJBA – Recurso Cível 0004662-71.2008.805.0079-1. 3ª Turma Recursal. Rel. Juiz Baltazar Miranda Saraiva. DJBA de 28.10.2010);

i) há fato exclusivo da vítima que sofre restrição creditícia por dívida inadimplida e tem o seu nome ou a sua denominação social inserida em órgão de proteção ao crédito, a afastar qualquer tipo de reparação por parte de quem pediu a referida inscrição e de quem procedeu à restrição, tendo em vista ser um exercício regular do direito do credor e do órgão que procede à inscrição;

j) configura-se fato exclusivo da vítima a conduta de policial civil do Estado de São Paulo que faleceu em decorrência de disparo de arma no transporte de presos, haja vista que a vítima não tomou os cuidados prévios necessários para a referida atividade (STJ - RESP 1.269.892. 2ª T. Rel. Min. Mauro Campbell. DJ de 09.04.2013);

k) caracteriza-se o fato exclusivo da vítima que sofre estelionato em agência bancária e entrega quantia, que seria depositada em conta-corrente, ao terceiro

(estelionatário), que se passava por gerente da agência, o que ensejou a exclusão do dever de reparar por parte do Banco (STJ - RESP 1.272.713. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ de 25.02.2013);

1) há fato exclusivo da vítima nos casos de “surfista” de trem, em que o passageiro viaja no teto do transporte ferroviário, ou seja, a “pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado "surf ferroviário", assume as consequências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável” (STJ - RESP 160.051. 3ª T. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJ de 17.02. 2003). No caso do pingente (pessoa que viaja com parte do corpo projetado para fora do veículo), todavia, o STJ adotou a tese do fato concorrente da vítima (STJ - RESP 226.348. 3ª T. Rel. Min. Castro Filho. DJ de 23.10.2006).

O exemplo do pingente, independentemente de se concordar com a conclusão do julgado, traz à tona a concausalidade existente entre o fato da vítima e outra causa contributiva para a ocorrência do evento danoso. Existem outros casos, como o da responsabilidade da estrada de ferro, em que os seus gestores responderão pelos desastres ocorridos nas linhas férreas que detêm responsabilidade de gestão. Neste caso, o art. 17 do Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, aponta ser hipótese de culpa presumida, só se admitindo em contrário se presente alguma das seguintes provas: 1ª - Caso fortuito ou força maior; 2ª - Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada). A segunda assertiva não possibilita a atenuação de responsabilidade do lesante por concorrência de fato da vítima.

A responsabilidade por acidentes de consumo também possibilita intensa discussão acerca da atenuação da responsabilidade do fornecedor por concorrência com o fato da vítima, havendo dissenso na literatura jurídica (ver Sampaio da Cruz, 2005, p. 174-176). Não obstante isso, como analisado no caso do pingente, julgados têm admitido a atenuação da responsabilidade do fornecedor, como expresso no art. 8º da Diretiva n.º 374/85 da comunidade europeia. Saliente-se que não se concorda que em contrato de transportes de pessoas possa haver atenuações da responsabilidade, por se tratar de critério objetivo agravado, porém, partindo-se da premissa de que é possível haver excludentes e atenuações de responsabilidade no contrato de transporte de pessoas, a concorrência de causalidade parece fazer sentido para fins de mitigação da responsabilidade do fornecedor.

Diante das situações antes narradas e da dicção dos arts. 944, parágrafo único, e 945 do CC, o fato da vítima concorrente também se aplica para as hipóteses de critério subjetivo e objetivo de valoração da responsabilidade (Enunciados 46, 380 e 459/CJF), a minorar o *quantum debeatur*, como se infere, por exemplo, do art. 738 do CC e de julgados do STJ (AG 852.683. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 21.02.2011; RESP 712.591. 3ª T. Relª. Minª. Nancy Andrighi. DJ de 04.12.2006).

A corresponsabilidade da vítima também é tratada no § 1.313 do projeto austríaco de responsabilidade civil:

§ 1.313. (1) Se o lesado tiver também contribuído para o dano ou omitido a respectiva redução, o dano será repartido em correspondência com os fundamentos de imputação de ambos os lados, em especial a gravidade da culpa e a grandeza da periculosidade. No caso de morte, tem-se em conta a corresponsabilidade do falecido.

(2) Mesmo que não exista nenhuma relação especial, é de imputar ao lesado a conduta defeituosa das pessoas a quem ele confiou os bens danificados. Isto não vale para o representante legal bem como para as pessoas a quem tenha sido confiada a execução autônoma de uma atividade.

(3) Se os fundamentos da imputação pesarem fortemente mais para um lado, o dano não será repartido. A este propósito deve igualmente ser considerado se sobre o lesante impendia precisamente o dever de impedir o dano verificado (Sinde Monteiro, 2011, p. 168-169).

Essa minoração do valor reparatório é demonstrada em diversos casos, a saber:

a) configura-se fato concorrente da vítima que, hospedada em hotel fazenda, mediante pacote turístico contratado com uma agência de viagens, utilizou, de forma indevida, o escorregador da piscina do hotel, vindo a bater a cabeça no piso da piscina, o que lhe ocasionou tetraplegia. Não havia nenhuma sinalização no local acerca da profundidade da piscina, bem como qualquer aviso que o local não podia ser utilizado naquele momento. A agência de viagens também foi condenada com a vítima e com o hotel fazenda por ter escolhido mal o citado hotel, respondendo pela segurança do serviço prestado. A verba condenatória foi reduzida à metade por conta do fato concorrente da vítima (STJ – RESP 287.849. 4ª T. Rel. Min. Rui Rosado. DJ de 13.08.2001);

b) há fato concorrente da vítima no caso de vazamento de substância tóxica de navio (nafta petroquímica), tendo a Petrobrás contratado mergulhador profissional para inspecionar subaquaticamente o local, todavia, não o alertou sobre o perigo inerente da nafta, o que ensejou a intoxicação do mergulhador. Esta intoxicação também foi gerada pelo descumprimento da normativa de segurança para tal

atividade pelo profissional, a manter a concorrência causal no caso concreto (STJ – RESP 1.325.336. 2ª T. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ-e de 10.05.2013).

Ressalte-se que as situações de fato exclusivo ou concorrente da vítima sancionam o próprio lesado, a ensejar a prevenção de condutas autorresponsáveis ou de autodano (Proença, 1997, p. 62), e trazem à baila discussões sobre suicídio, automutilações, utilização de produtos tóxicos, negativa de receber transfusão de sangue, como nos casos de testemunha de Jeová, entre outras situações. A Corte Suprema argentina entendeu que essas condutas são um exercício de liberdade de cada um, a escapar do Estado a possibilidade de impor aos cidadãos como devem conduzir as suas vidas (Iturraspe, 1999, p. 77).

Na Itália, o Tribunal de Milão julgou o seguinte caso: em dezembro de 1981, o Senhor Bianco, militar, ao saltar do seu automóvel, foi atropelado pelo veículo conduzido pelo Senhor Catalano, o que gerou um esmagamento da perna esquerda da vítima. Esta urrava de dor e, caída no chão, ameaça alguém. Diante dessas ameaças, o Senhor Catalano se afasta da vítima, que pega a sua pistola, dispara contra a própria têmpora e se suicida. O referido Tribunal decide condenar o Senhor Catalano sob o argumento de que o suicídio teria nexos causal com o atropelamento, já que a vítima detinha uma condição predisposta a reagir violentamente em situações traumatizantes, o que ficou comprovado no processo por prova pericial. Diante disso, o Senhor Catalano foi condenado, pois a sua conduta foi uma concausa para o suicídio, o que gerou recurso para a Corte de Cassação, que reformou a decisão indicando que o suicídio interrompeu o nexos causal com o acidente provocado pelo Senhor Catalano, a fortalecer a ideia de irresponsabilidade pelo autodano (Mulholland, 2009, p. 127-128).

Existe entendimento jurisprudencial de que o suicídio de preso em cela penitenciária viabiliza a reparação da família da vítima contra o Estado, e que, em tais hipóteses, “não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública. Na verdade, a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado”, tendo ficado comprovado que o suicídio ocorreu dentro do estabelecimento prisional (STJ – RESP 1.305.259. 2ª T. Rel. Min. Mauro Campbell. DJ-e de 09.04.2013). Há também condenação da seguradora ao pagamento dos valores devidos pelo seguro de vida em caso de suicídio não premeditado, sendo equiparado aos acidentes pessoais, com o dever de cumprimento

do contrato de seguro sendo afastado caso se comprove que o suicídio foi premeditado (STJ – AG 1.323.683. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 12.11.2010).

Como se percebe, o fato da vítima ou do prejudicado demanda uma miríade de questões, tendo por intuito saber se a vítima que produz um dano a si própria por atos de altruísmo ou de abnegação, como aqueles postos no art. 188 do CC, tem direito a alguma reparação. A conduta de abnegação pode estar lastreada nos bons costumes, na solidariedade social, entre outros motivos, para obter a reparação, ou seja, aquele que pratica um ato, sem nenhuma obrigação jurídica de fazê-lo, e aceita deliberadamente se sacrificar para prestar auxílio a outrem, deve receber uma reparação do lesante, salvo no que exceder o exercício altruísta (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 886-894). A pessoa que para salvar a outra em um incêndio, em vez de destruir somente a porta que impede a saída da vítima, destrói o andar inteiro do prédio, caracteriza um excesso, havendo a possibilidade de que responda pelo dano excedente.

Demonstrado, portanto, que o fato da vítima e o fato de terceiro geram controvérsias que sempre merecerão uma detida análise por parte do intérprete, principalmente diante da premissa de que a vítima deve ser alocada em um platô de primazia pelo Direito contemporâneo, passa-se ao exame do *caso fortuito e de força maior*, fator que pode interromper total ou parcialmente o nexo causal e excluir ou minorar o dever de reparar.

As aludidas categorias, a partir do sentido acolhido nesta pesquisa para o caso fortuito (*casus*) e para a força maior (*vis maior*), configuram-se como fatos posteriores à gênese da relação jurídica que produzem efeitos que alteram o conteúdo das dívidas e das obrigações ou que possibilitam a extinção de ambas. Saliente-se que a legislação atribui aos mencionados significantes iguais consequências (CC, art. 393, parágrafo único; CC argentino, art. 1.570), salvo o art. 256 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que indica a responsabilidade do aviador pelo caso fortuito, mas não pela força maior. Os referidos institutos, se considerados exclusivos para a ocorrência do evento danoso, afastam a responsabilidade do agente, de acordo com os arts. 234, 235, 238, 607, 642, 650, 696, 734 e 936 do CC, com a literatura jurídica (ver, por todos, Noronha, 2010, p. 659-662) e com a jurisprudência (ver, por todos, STJ – RESP 135.542. 2ª T. Rel. Min. Castro Meira. DJ de 29.08.2005).

Não obstante isso, textos romanos procuravam diferenciá-los a partir dos termos *imprevisibilidade*, para os efeitos do caso fortuito, e *inevitamento*, para as consequências da força maior (Digesto, 44, 7, 1, 4) (Pontes de Miranda, 2012, t. 23, p. 157-158; Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 833-835), bem como inúmeras teorias foram construídas com idêntico intuito (ver Barros Monteiro, 1999, p. 339). Parcela da literatura jurídica e da jurisprudência atual, na linha distintiva dos termos, atribui ao *caso fortuito* os efeitos totalmente imprevisíveis de um evento humano ou natural e à *força maior* os efeitos, previsíveis (ou não), porém inevitáveis ou irresistíveis, derivados de um evento danoso (ver, por todos, Tartuce, 2013, v.2, p. 365; STJ – RESP 258707. 4ª T. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de 25.09.2000).

Outra corrente aponta o caso fortuito para os efeitos advindos de eventos naturais e a força maior para as consequências nascidas de eventos humanos (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 833). Uma terceira linha de pensamento não diferencia os significantes, denominando-os de caso fortuito ou de força maior em sentido estrito, a englobar as consequências advindas de eventos naturais e humanos, com o fato do príncipe, a ser considerado para imputação de responsabilidade pelo dano ao Estado, sendo necessária a presença cumulativa de três elementos para a configuração do instituto: imprevisibilidade, irresistibilidade e externidade, bem como que o caso fortuito ou de força maior seja causa exclusiva do fato danoso. O caso fortuito e a força maior não excluiriam a causalidade nos casos de exceções legais, de critério objetivo agravado de valoração de responsabilidade e de concorrência com outros fatos danosos ensejadores do dano (Noronha, 2010, p. 650-651 e 659-662).

Essas controvérsias acerca do sentido dos termos não impediram que, ante a similitude de efeitos das categorias jurídicas, julgados brasileiros estabelecessem o critério da *inevitabilidade* das consequências como parâmetro para ambos os significantes, independentemente de o fato ser previsível (ou não) (Pereira, 2012, p. 399; Alvim, 1995, p. 335; STJ – RESP 135.542. 2ª T. Rel. Min. Castro Meira. DJ de 29.08.2005). Antes, porém, de se analisar se o critério da inevitabilidade, entre outros, é adequado para aferir a ocorrência do caso fortuito ou de força maior, deve-se verificar o meio como se pesquisa o caso fortuito ou de força maior, a partir dos constructos teóricos expostos pelas teorias *subjetiva* e *objetiva*, uma vez que este exame trará subsídios para a configuração dos elementos indispensáveis à caracterização das categorias caso fortuito ou força maior.

A concepção *subjetiva* se vale da situação pessoal ou subjetiva do agente responsável, com o exame da existência (ou não) do comportamento com culpa do responsável no evento danoso. Noutros termos, o agente não justifica o inadimplemento por eventuais casos fortuitos, já que além de uma diligência mediana, parametrizada pelo comportamento do “homem médio”, acresce-se uma diligência especial. Desse modo, somente o caso fortuito ou a força maior entendido como acontecimento inevitável mesmo para aquele que age com a máxima diligência teria o condão de liberar o lesante do dever de reparar, desde que não agisse com culpa e o caso perquirido não se enquadrasse nas hipóteses de responsabilização por força maior (Medeiros Fonseca, 1958, p. 52).

A acepção objetiva, acolhida pelo art. 393, parágrafo único, do CC, foi desenvolvida pelo jurista austríaco **ADOLF EXNER**, que procura pesquisar a incidência da força maior, exonerativa do dever de reparar, a se afastar de qualquer verificação subjetiva do comportamento do responsável, pouco importando se o lesante envidou esforços para evitar as consequências, se agiu com culpa ou se o fato era inevitável (ver a discussão em Pontes de Miranda, 2012, t. 23, p. 166-168; Noronha, 2010, p. 664; Viney; Jourdain, 1998, p. 217-218; Paula, 2011, p. 132, Aguiar Dias, 2012, p. 791), como se aduz da reflexão de **ARNOLDO MEDEIROS**:

Procura EXNER salientar o caráter igualmente objetivo do requisito quantitativo que exige, o qual não deve, na sua opinião, envolver nenhuma apreciação da existência ou inexistência de culpa, e nem mesmo a questão de saber se o acidente era inevitável, limitando-se o juiz ‘pelas aparências exteriores do caso, sem o exame aprofundado de suas peculiaridades’, a verificar se aquele apresenta, ou não, um caráter de intensidade que ultrapasse manifestamente o que se devia prever no curso ordinário da vida (Medeiros Fonseca, 1958, p. 89-90).

Nesse diapasão, não se pode confundir, novamente, causalidade com culpabilidade, como se extrai dos arts. 234, 238, 240, 250, 254 do CC, que tratam da culpabilidade quando, a rigor, as hipóteses são de caso fortuito e de força maior, sem que isso enseje o acolhimento pelo Código Civil brasileiro da teoria subjetiva (Pontes de Miranda, 2012, t. 23, p. 167; Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 839-840). A culpabilidade, o dolo, o risco, a garantia, a equidade e o sacrifício são relacionados ao nexo de imputação da responsabilidade, e o caso fortuito e a força maior, ao nexo de causalidade, como exemplifica **FERNANDO NORONHA**:

Quem intencional ou culposamente tiver agredido outrem (nexo de imputação) será responsável pelas lesões corporais causadas, e por todas aquelas que possam ser consideradas consequência adequada da lesão praticada (nexo de causalidade). Será responsável mesmo pela eventual

morte do ofendido, se for devida a uma infecção hospitalar, caso esta tenha ocorrido apesar de o hospital adotar todos os cuidados medicamente recomendados. Neste caso, o agressor não poderá alegar que não pode ser culpado pela infecção, que esta é fato externo com relação a ele, que é mesmo fato normalmente imprevisível e que, ainda que fosse previsível, certamente seria sempre fato irresistível (8.2.4.c). Não pode insentar-se da obrigação de reparar o dano advindo da morte porque se é responsável pelo fato da agressão, responsável vai ser por todos os eventos danosos que sejam consequências adequadas dele. Aliás, observe-se que afirmar esta responsabilidade do agressor não significa que não possa ser também possível a responsabilização do próprio hospital, embora inexistindo fato culposo imputável a este, como pressuposto no exemplo de que tratamos; essa responsabilização é questão de que não se cuida aqui, embora se possa dizer que a solução dependerá da admissibilidade ou não de um risco hospitalar, que poderá justificar uma responsabilidade objetiva (8.4.2, anot.) – inclusive objetiva agravada, se for possível falar em risco inerente à própria atividade hospitalar (Noronha, 2010, p. 663-664).

Por isso, prevalece no direito civil brasileiro a aceção objetiva, inclusive com idênticos efeitos para ambos os significantes, a teor do disposto no art. 393, parágrafo único, do CC e no art. 1.148 do CC dos franceses.

Destaca-se, contudo, que a teoria de EXNER utiliza a imprevisibilidade do evento inerente à atividade desenvolvida; assim, a explosão de uma caldeira em fábrica, configura-se como caso fortuito. A força maior se circunscreveria aos eventos humanos ou naturais imprevisíveis e alheios à atividade desenvolvida do lesante, como as ordens estatais, as inundações, entre outras. A reflexão procedida por EXNER aponta para os seguintes elementos indispensáveis para a configuração do caso fortuito e da força maior: a) externidade do fato em relação à atividade ou ao lesante ou um fato da natureza que se possa considerar como força maior; b) imprevisível e c) inevitável ao agente; d) notoriedade, ou seja, que o fato seja amplamente difundido, até por ser extraordinário (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 835-837).

Críticas foram dirigidas à concepção de EXNER, uma vez que: a) mecaniza a responsabilidade, por não partir da culpa, mas do risco da atividade; b) a inevitabilidade e a externidade devem ser aferidas em cada caso, pois fatos exteriores podem ser condicionados pelo comportamento humano, sem que com isso se exonere a responsabilidade, sendo extraordinário somente aquilo que notoriamente pode ser assim classificado; c) pode o responsável alegar ausência de culpa (ver, por todos, Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 837-839).

Nessa linha, é possível densificar a discussão acerca dos elementos imprescindíveis à caracterização do caso fortuito e da força maior. A imprevisibilidade é o primeiro elemento indicado por parcela da literatura jurídica

como indispensável à configuração do caso fortuito e da força maior (Mulholland, 2009, p. 132).

Pode-se considerar que a imprevisibilidade é passível de ser um fator caracterizador do caso fortuito ou de força maior, entretanto, não em caráter de indispensabilidade, até porque, a rigor, os fatos não são imprevisíveis, mas improváveis, sendo previsível aquilo que for provável, e quase tudo o é. É possível afirmar, segundo alguns, que o fato deve ser normalmente improvável, para fins de caracterização do caso fortuito e de força maior (Noronha, 2010, p. 652-654). Esse entendimento é rechaçado por parcela da literatura jurídica, para a qual são suficientes à caracterização do caso fortuito ou de força maior a inevitabilidade, a necessariedade e a externidade dos efeitos do evento danoso (ver Viney; Jourdain, 1998, p. 235-236; Beviláqua, 1979, v.1, p. 174; Pontes de Miranda, 2012, v. 23, p. 160).

Dessa maneira, em um primeiro momento, afirma-se que o caso fortuito e de força maior são eventos danosos, naturais, estatais, sociais ou humanos, provável (ou não), que produz efeitos inevitáveis ou impossíveis de ser impedidos, com o fortuito e a força maior tendo por núcleo comum a inevitabilidade das consequências, como se deduz dos arts. 234, 393, parágrafo único, 575, *caput* 636, 650, 667, § 1º, 862 e 868 do CC.

Nesse passo, a motivação para se admitir a responsabilidade pelo caso fortuito ou de força maior é a de que o risco deve ser imputado a alguém nas mencionadas hipóteses, com o ônus da prova, em regra, de comprovação do caso fortuito ou de força maior sendo atribuído a quem alega. Servem tais institutos à objeção material e processual, e não à exceção material e processual (Pontes de Miranda, 2012, t. 23, p. 159, 160, 164 e 179; STJ – RESP 402.886. Rel.^a Min.^a Nancy Andrichi. DJ de 24.06.2002).

Ressalva-se que nem toda inevitabilidade se configura como caso fortuito ou de força maior, sendo necessário que ela tenha consequências contra o adimplemento de uma obrigação negocial ou a reparação de uma obrigação extranegocial. Essa inevitabilidade de efeitos deve ser estranha à atividade do agente, deixando-o impossibilitado de agir para impedir tal evento (Noronha, 2010, p. 652-653). Configurada, portanto, a inevitabilidade para fins de caso fortuito ou de força maior, deve-se examinar como o inevitamento pode ser aferido: de forma abstrata ou concreta. Este exame remete o intérprete a responder à seguinte pergunta: a inevitabilidade é para todos os seres humanos normais, para um círculo social em que

convive o lesante, para os profissionais da área do lesante ou para o lesante, individualmente? Nesta tese prefere-se a análise da inevitabilidade concreta, conforme PONTES DE MIRANDA:

O acontecimento há de ser *cognoscível*, há de provir de atividade estranha àquela que é a do devedor, e a consequência de danos tem de ser considerada, ao mesmo tempo que se produzem, inevitáveis. A inevitabilidade somente pode ser em relação aos homens, no lugar e no tempo em que as consequências se hão de apresentar (Pontes de Miranda, 2012, v. 23, p. 164; pela inevitabilidade abstrata, Sampaio da Cruz, 2005, p. 198).

A inevitabilidade concreta projeta a construção de pelo menos duas correntes de pensamento acerca da sua influência, para que se possa excluir o dever de reparar do agente. A primeira indica que se o inevitamento é consequência, previsível (ou não), da atividade encetada pelo agente ou conexa a este, enseja o caso fortuito, e não a exclusão da responsabilidade do agente. Se o inevitamento se enquadrar como uma consequência externa à atividade do agente ou a ele próprio, caracteriza-se a força maior e a exclusão da sua responsabilidade, tendo em vista a interrupção da causalidade. Essa distinção aponta a força maior como uma inevitável consequência externa à atividade do agente ou a ele próprio, e o caso fortuito como uma conexão à atividade do agente. Nessa senda, o caso fortuito excluiria a responsabilidade valorada pelo critério subjetivo e a força maior atingiria a responsabilidade para ambos os critérios (Paula, 2011, p. 135-136).

Percebe-se que a externidade coliga-se ao inevitamento para a corrente anterior, o que gerou críticas, por exemplo, de TRIMARCHI, ao aludir que nos casos de critério objetivo de valoração da responsabilidade o limitador não seria a inevitabilidade, mas a álea do risco criado e organizado pelo agente que o assumiu, podendo o lesante ser responsabilizado mesmo se o fato for inevitável, mas enquadrado na álea do risco criado pela atividade do agente. Desse modo, o dano pode ser inerente à atividade do agente, mas, se não estiver englobado nos riscos da referida atividade, não haverá responsabilização pelo dano. O autor italiano traz a seguinte elucidação: uma determinada pessoa possui a titularidade proprietária de uma máquina elétrica e deve responder pelos danos oriundos da eletricidade do bem, como no caso de um curto-circuito. Se esta máquina, contudo, contiver uma cápsula radioativa e lesionar as pessoas a ela expostas, não haverá responsabilidade do agente, porque o risco da radioatividade não foi assumido por ele (Trimarchi, 1961, p. 204).

Destaca-se que as três correntes de pensamento retrocitadas são problemáticas, visto que desprestigiam o princípio da primazia da vítima. As duas primeiras correntes criam uma divisão que somente dificulta a apreensão do instituto, pois se pode falar de fortuito ou de força maior interna e externa. Além disso, procura divisar caso fortuito e de força maior, bem como a incidência do caso fortuito para as hipóteses de responsabilização culposa ou dolosa e da força maior para ambos os critérios de valoração da responsabilidade. A externidade dos efeitos do fato danoso, provável (ou não) e não ligada à atividade ou à pessoa do ofensor, pode ser alocada como elemento configurador do caso fortuito e de força maior, como afirmado dantes, a gerar a interrupção do nexo causal e a exclusão do dever de reparar, sem que seja necessário realizar nova divisão entre os institutos (em sentido próximo, Noronha, 2010, p. 664). A terceira corrente, apesar de ampliar a causalidade para os eventos com efeitos inevitáveis, ao mesmo tempo, a exclui para os fatos não assumidos pelo risco criado pela atividade desenvolvida pelo agente, pondo em primazia o lesante, e não à vítima.

A discussão acima indica a possibilidade de se trabalhar com mais dois elementos, além da inevitabilidade concreta, para embasar o caso fortuito ou de força: a *necessidade* e a *externidade*. A *necessidade* se caracteriza pela capacidade fática de o evento ocorrer sem o lesante ter contribuído para tal acontecimento (CC, art. 393, parágrafo único), sempre analisada essa necessidade de maneira concreta, até mesmo inclusive com a verificação integral do conteúdo objetivo da relação obrigacional e das partes que a compõem (Martins-Costa, 2003, v. 5, t. 2, p. 199-200).

A *externidade* se apresenta como uma consequência autônoma e estranha à causalidade entre o evento danoso e o dano, bem como independente do ato, do fato ou da atividade imputável objetivamente ao responsável pela reparação, a caracterizar o fortuito ou a força maior externa (Tartuce; Neves, 2013, p. 193). É defensável que o elemento externidade se transformou na chave interpretativa para a construção de sentido do caso fortuito e da força maior, porquanto esses institutos incidem nas hipóteses de responsabilidade valorada pelos critérios subjetivo, objetivo e pelo sacrifício, e em qualquer espécie de relação jurídica, exceto aquela descrita pelo art. 256 do Código Brasileiro de Aeronáutica (somente o caso fortuito), de risco integral e nas hipóteses de responsabilidade valorada pelo critério objetivo agravado.

Nesse passo, a externidade foi utilizada por JOSSERAND como meio de verificar e de diferenciar a ocorrência do caso fortuito (ex.: incêndio, explosão, entre outros) e de força maior (ex.: nevasca, tempestade, inundação, estado de guerra, invasão, motim, entre outros) (Josserand, 1950, p. 340). Essa construção levou uma primeira corrente a compreender a externidade como constitutiva da ideia de fortuito ou força maior externo, o que para alguns é um instituto diverso do caso fortuito ou de força maior. Essa corrente defende, inclusive, que o caso fortuito e a força maior se restringiriam aos casos de responsabilidade valorada pela culpa, e o fortuito externo para as situações de responsabilidade não culposa e de responsabilidade culposa (ver, sobre o tema, Corrêa, 2012, p. 143-144). Não se acolhe essa distinção justamente pelo fato de se poder trabalhar com as ideias de fortuito ou força maior interna e fortuito ou força maior externa (Tartuce; Neves, 2013, p. 193; TRF 2ª Região. Acórdão 2000.50.01.008713-4. 7ª Turma Especializada. Rel. Des. Federal. Reis Friede. DJU de 23.10.2007), porém o entendimento supracitado serve para ratificar a relevância que a externidade ocupa na ambiência de conteúdo do caso fortuito ou de força maior.

Isso porque, se os efeitos do evento são externos (ou não) ao círculo de atividade em que a obrigação negocial ou extranegocial se desenvolve ou à própria conduta do agente, caracterizar-se-á a força maior e se afastará a responsabilidade do agente. Um exemplo disso pode ser extraído do evento danoso gerado pelo tornado que atingiu a cidade de Moore, ao sul de Oklahoma City nos Estados Unidos, no mês de maio de 2013. Se se considerar que o tornado produz efeitos internos à atividade desenvolvida, configurar-se-á caso fortuito ou de força maior interna e não haverá a exclusão da responsabilidade do agente.

A aplicabilidade do fortuito ou força maior externo e interno em uma relação de consumo pode ser exemplificada por um julgado do TJRJ. Trata-se de demanda reparatória por danos extramateriais e materiais manejada por um consumidor em face da Aerolíneas Argentinas e da Travel Expert Viagens e Turismo Ltda. Esta ofereceu aos consumidores pacote de viagens que incluía passagem aérea (da referida companhia aérea), hospedagem, passeios turísticos e traslado para o contratante e para a sua família, da cidade do Rio de Janeiro para a cidade de Bariloche – Argentina, sendo indiscutível a relação de consumo travada entre as partes.

Ocorre que o autor da causa e a sua família não embarcaram no horário previsto, não tendo a companhia aérea e a agência de turismo prestado qualquer

informação confiável a ele e a sua família, assim como não houve qualquer amparo ou ajuda pecuniária pelo tempo de espera. A agência de turismo, em contestação, alegou culpa exclusiva de terceiro, e a companhia aérea afirmou que os atrasos ocorreram por substituição não programada das aeronaves, em decorrência das constantes erupções do vulcão Chaitén na Patagônia, que geraram a propagação de cinzas obstativas à navegação aérea.

Além disso, a companhia aérea asseverou que a citada erupção provocou graves problemas e riscos nas turbinas dos aviões, o que comprometeria em muito a segurança dos voos, bem como que boa parte dos voos sofreu interferência de comunicação por conta da atuação de rádios piratas na área de Buenos Aires, prejudicando as operações aéreas naquele período. Dessa maneira, o ocorrido se enquadrava como caso fortuito. Aduziu também que os passageiros não ficaram desamparados, sendo providenciada alimentação, prestação das informações pertinentes e reacomodação deles em outro voo.

A sentença julgou improcedente o pedido reparatório, com base na ideia de fortuito externo, “fato imprevisível e inevitável, estranho à organização do negócio”, ou seja, as cinzas do vulcão não guardam nenhuma ligação com a atividade das rés, por advir de fenômenos da natureza. Assim, como é algo fora do risco normal da atividade exercida pela empresa aérea, a exonera do dever de indenizar”.

O TJRJ reformou parcialmente a sentença pelo fato de outras companhias aéreas terem alçado voo naquele mesmo dia, tanto que o autor teve de adquirir novas passagens aéreas de outra companhia. Isso gerou a condenação solidária das rés ao pagamento do valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), a título de danos morais, bem como a adimplirem o montante relacionado à diferença que o autor pagou a mais pelas passagens aéreas, acrescido do equivalente a dois dias do valor do pacote adquirido, montante corrigido monetariamente da data do acórdão, e os juros de mora mensurados desde a citação processual. O julgado, no entanto, não enfrentou o argumento do fortuito externo (TJRJ – Apelação Cível 2009.00165413. 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Luiz Habib. DJRJ de 10.11.2010).

Esse caso, por conseguinte, efetivou a distinção entre o fortuito ou a força maior interna e o fortuito ou a força externa, a introduzir o debate travado na literatura jurídica e na jurisprudência sobre a aplicabilidade (ou não) de caso fortuito ou de força maior na ambiência de atividades normalmente perigosas, como as

abarcadas pelo art. 927, parágrafo único, do CC, e naquelas atividades, normalmente perigosas (ou não), corporificadas no CDC, como era o caso retratado acima.

A incidência dos institutos na relação de consumo se apresenta da seguinte maneira: a) o rol de excludentes (CDC, arts. 12, § 3º, e 14, § 3º) é exaustivo e não trata da aplicabilidade do caso fortuito e de força maior para as relações de consumo; b) a distinção entre fortuito interno e externo serve para excluir a responsabilidade do fornecedor somente por fortuito externo, não tendo o CDC acolhido a teoria do risco integral; c) as citadas excludentes incidem nas relações de consumo (ver Paula, 2011, p. 145-146; Tartuce; Neves, 2013, p. 189-192; STJ – RESP 996.833. 3ª T. Rel. Min. Ari Pargendler. DJ de 01.02.2008).

Acolhe-se, nesta tese, o entendimento de que as excludentes aplicam-se às relações de consumo, como também, nestas pode incidir a teoria do risco integral, a fim que as liberdades de fornecedores e de consumidores possam ser exercidas de maneira ética e responsável. Por exemplo, as infecções hospitalares são de responsabilidade do hospital e do agente que levou à vítima ao hospital. Além do mais, o caso fortuito e de força maior pode ser aplicado nas relações travadas com base no art. 927, parágrafo único, do CC, pois, caso contrário, poder-se-á instalar uma situação de injustiça para quem realiza atividades e para aqueles que sofrem os influxos desta. Um exemplo disso é o caso de doença improvável (ex.: síncope) que acomete uma pessoa, levando-a a cometer um acidente de trânsito, a possibilitar a responsabilidade desta. Outra conclusão se retira na hipótese de obrigação personalíssima negocial, cuja doença improvável pode exonerar o obrigado de cumprir o acordado (Noronha, 2010, p. 658).

Ultrapassado o debate acerca da aplicação dos institutos às mencionadas relações jurídicas, centra-se a discussão nas hipóteses enquadradas como de caso fortuito ou de força maior interna e como de caso fortuito ou de força maior externa. Principia-se a análise densificando o sentido de fortuito ou a força maior interna, situação que não pode ser considerada excludente da causalidade e do dever de reparar, pois os efeitos dos eventos danosos são intrínsecos ou inerentes ao risco da mencionada atividade do lesante, mesmo que seja inevitável e que não esteja diretamente ligado à conduta do agente. Dessa maneira, “o próprio agente os admitiu em sua atividade e a sociedade referendou-se ao constatar, mesmo inconscientemente, que os benefícios dela são maiores se comparados com os custos

que produz. Nesse contexto, tais acontecimentos não podem ser tidos como excludentes da responsabilidade” (Paula, 2011, p. 135).

Nessa linha, o denominado fortuito ou força maior interna está explicitado no Enunciado 443 CJF: "Arts. 393 e 927: O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida". Diante disso, percebe-se que o fortuito interno preserva a causalidade e o dever reparatório independentemente da previsibilidade (ou não) dos efeitos derivados do evento danoso, haja vista que se relacionam com os riscos naturais ou conexos à atividade desenvolvida (ex.: STJ – RESP 1.133.111. 3ª T. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ-e de 05.11.2009; RESP 762.075. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 29.06.2009). Essas hipóteses se encontram no âmbito do risco proveito ou do risco do empreendimento de quem exerce a atividade em uma relação de consumo, civil ou de outra espécie, podendo-se exemplificá-las de maneira não exauriente:

a) Enunciado 479/STJ: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". Os casos de assalto aos bancos também ensejam bastante discussão, porém a jurisprudência não tem afastado tal responsabilização quando o evento danoso ocorreu nas dependências do banco (fortuito interno), todavia, se o assalto ocorreu em via pública, responsabiliza-se o Estado (STJ – RESP 1.284.962. 3ª T. Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi. DJ-e de 04.02.2013);

b) negativação indevida do nome ou da denominação social de consumidor em cadastro de inadimplentes por fato de terceiro é considerado fortuito interno, por ser um efeito inerente à atividade desenvolvida pelo fornecedor de bens e de serviços de massa (TJSP – Apelação Cível 490260.4/0. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Loureiro. DJESP de 30.03.2009);

c) acidente ocorrido em excursão de colégio gera a responsabilidade da instituição de ensino por fortuito interno, por ser um efeito conexo ao dever de segurança que as escolas possuem para com os alunos em suas atividades acadêmicas dentro ou fora do estabelecimento escolar (STJ - RESP 762.075. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 29.06.2009);

d) apagão aéreo é hipótese de fortuito interno, já que os efeitos do evento se encontram no âmbito do risco do empreendimento das companhias aéreas (TJDFT –

Apelação Cível 20070110230157. 2ª Turma Cível. Rel. Des. Waldir Leônicio Lopes Júnior DJ-e de 10/11/2008);

e) é dever da oficina de veículos zelar pela integridade e pela segurança do automóvel que se encontra em seu poder para conserto, a ensejar a responsabilização daquela em caso de roubo de automóvel de cliente (STJ – RESP 218.470. 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. DJ de 20.08.2001);

f) é dever de estabelecimentos como *shoppings centers* e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores (STJ – RESP 582.047. 3ª T. Rel. Min. Massami Uyeda. DJ-e de 04.08.2009).

Ocorre que o STJ julgou pela incidência de fortuito externo no caso em que a vítima foi metralhada por um estudante de medicina em uma sala de cinema localizada dentro do *Shopping Morumbi* em São Paulo. A família da vítima não recebeu nenhuma reparação do *shopping* em que se situava o cinema ou do próprio cinema, pois o STJ entendeu pelo rompimento do nexo causal por fortuito externo, haja vista que não havia liame entre a atividade desenvolvida pelo cinema e pelo *shopping* e os efeitos do evento morte (STJ - RESP 1.164.889. 4ª Turma. Rel. Des. Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. DJ-e de 18.11.2010).

O julgado acima elucida o sentido do fortuito ou força maior externa, a fortificar a externidade como um dos elementos fulcrais do instituto, cujo intuito é exonerar a responsabilidade do agente pelo afastamento da causalidade. Desse modo, o fortuito externo é “aquele fato estranho à organização da empresa, cujos riscos não são suportados por ela. Este sim pode elidir mesmo a responsabilidade objetiva” (Tepedino; Barboza; Bodin de Moraes; 2006a, p. 706), tendo os tribunais utilizado a categoria jurídica em uma miríade de julgados, a saber:

a) as enchentes podem ser hipóteses de caso fortuito ou de força maior? Depende do local das enchentes, como já decidiu o TJSP, que entendeu como caso fortuito as enchentes que atingiram a cidade de Mauá, ante a flagrante calamidade pública, pois tal evento não tinha ocorrido antes (TJSP - Apelação Cível 75.708-5. TJSP – Apelação Cível 086.318-5. 7ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Lourenço Abbá Filho. J. 31.07.2000). Em relação à cidade de São Paulo, onde as enchentes são comuns, o TJSP não responsabilizou o Município, porque entendeu pela necessidade de comprovação de culpa (TJSP – Apelação Cível 58.942-5. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Coimbra Schmidt. J. 10.04.2000). Indaga-se: como pode o

Município não se responsabilizar por tais enchentes, se estas não são inevitáveis e externas à atividade da municipalidade?

b) o caso fortuito ou de força maior existe em hipótese de rejeição de prótese em cirurgias estéticas? Entendendo pela força maior em relação à responsabilidade do médico (TJSP – Apelação Cível 113.023-4. 3ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Alfredo Migliore. J. 13.02.2001);

c) o roubo de um automóvel por um ladrão e o acidente por ele causado com o veículo roubado configuram-se como fato de terceiro e força maior em relação ao proprietário do automóvel, tendo em vista a inevitabilidade do evento? A resposta é afirmativa para o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de SP, pois os proprietários do automóvel têm a responsabilidade excluída pela teoria da causalidade adequada (1º TACSP - Apelação 0951137-9. 8ª Câmara de Férias de Janeiro de 2001. Rel. Carlos Alberto Lopes. J. 31.01.2001);

d) o transportador rodoviário responde pelo roubo ou pelo assalto? Existem decisões contrárias à responsabilização no transporte de mercadoria (STJ – RESP 470520. 3ª T. Rel.^a Min.^a Nancy Andrichi. DJ de 25.08.2003) e no transporte rodoviário ou urbano de pessoa (STJ – RESP 783.743. 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ de 12.12.2005; AG 711.078. 3ª T. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ-e de 30.09.2008; RESP 726.731. 4ª T. Rel. Min. Hélio Quaglia. DJU de 05.02.2007). Há, ainda, quem defenda que nos casos de ausência de segurança urbana, como o caso dos transportes, quem deveria responder é o Estado (Tartuce, 2013, v. 2, p. 373);

e) assalto em estação de metrô não se encontra no âmbito da atividade do prestador de serviço (STJ – RESP 402.708. 2ª T. Rel.^a Min.^a Eliana Calmon. DJ de 28.02.2005);

f) assalto com arma de fogo a veículo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é considerado fortuito ou força maior externa, por ser inevitável e pelo fato de a segurança pública ser responsabilidade do Estado (STJ – RESP 976.564. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 23.10. 2012), sendo que há relação de consumo entre as partes (STJ – RESP 1.210.732. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 15.03. 2013);

g) explosão de bomba colocada por terceiro em composição ferroviária é considerada fortuito externo à atividade de transportadora (STJ – RESP 589.051. 4ª T. Rel. Min. César Rocha. DJ de 13.09.2004).

A crítica às muitas hipóteses de fortuito ou de força maior externa será realizada quando da elucidação da categoria jurídico-normativa da formação da circunstância danosa, tendo em vista que a vítima que não contribuiu para o evento danoso deve ser reparada, a corroborar o fio condutor da tese de proteção prioritária da vítima.

Analizados os elementos inerentes ao caso fortuito ou de força maior, passa-se a indicar os casos de imputação de responsabilidade mesmo com a ocorrência de caso fortuito ou de força maior no momento em que este concorre com outra causa do dano, viabilizando: a) a responsabilidade integral de quem age culposamente, sem que haja importância da contribuição causal para o resultado, pois como quase todo dano deriva de concausalidade, admitir que o caso fortuito ou de força maior prevaleça induz à violação ao princípio da reparação integral (Viney; Jourdain, 1998, p. 260-261); b) a responsabilidade proporcional do agente pelo dano, se as causas não forem exclusivas deste (Mulholland, 2009, p. 132-133).

Em caso de responsabilidade civil do Estado por ruína de prédio em decorrência de chuvas torrenciais, o TJRJ entendeu haver concorrência das seguintes causas: a) culpa da administração; b) culpa de terceiro; c) força maior decorrente das chuvas torrenciais. A reparação foi estipulada em vinte por cento para o Estado e oitenta por cento para as vítimas, haja vista a ocorrência da força maior não ser imputável ao Estado ou à vítima, tendo o referido julgado considerado a força maior não como excludente, mas como causa concorrente (Peteffi da Silva, 2009, p. 29).

Em outra situação, a Corte de Cassação francesa decidiu repartir a responsabilidade entre os construtores responsáveis e a tempestade pelo naufrágio do navio *Lamocirère*. A Corte de Cassação dividiu a responsabilidade entre a sociedade empresária transportadora em um quinto do prejuízo, visto ter considerado concorrência de causa com o ciclone e com o defeito no carvão utilizado no navio (Viney; Jourdain, 1998, p. 260).

Após a análise da concorrência do caso fortuito ou de força maior com outra causa deflagradora do dano, é relevante tratar das exceções legislativas atinentes ao caso fortuito e de força maior:

a) o devedor em mora responde pelo prejuízo, salvo se comprovar a isenção de culpa ou que o dano teria ocorrido independentemente da mora (CC, art. 399);

b) previsão contratual de responsabilização pelo caso fortuito ou de força maior pela *cláusula de assunção convencional* (CC, art. 393), valendo somente em

contratos civis e empresariais paritários, desde que não viole a eficácia interna função social do contrato (Enunciado 360/CJF), o que ocorre presumivelmente nos contratos de consumo (CDC, arts. 25 e 51, I) e nos contratos por adesão às condições gerais (CC, art. 424 – Enunciado 172/CJF);

c) antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito, nas hipóteses de obrigações de dar coisa incerta (CC, art. 246);

d) se, notificado o locatário, este não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito (CC, art. 575, *caput*);

e) se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus, abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior (CC, art. 583);

f) o depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira (CC, art. 636);

g) se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo mesmo que não tivesse havido substabelecimento (CC, 667, § 1º);

h) se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse abatido (CC, art. 862);

i) o gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus (CC, art. 868);

j) algumas situações geram bastante controvérsia no direito brasileiro acerca da incidência (ou não) do caso fortuito ou de força maior, como na hipótese de dano nuclear e de alguns danos ambientais. Nestes casos, a valoração é feita pelo critério objetivo de responsabilização, não se admitindo excludentes ao dever de reparar, uma vez que o fator objetivo de atribuição da responsabilidade é o risco integral (Vieira,

2005, p. 116; Barroso, 2006; STJ - RESP 1.346.430. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 27.11.2012).

Sabe-se que este entendimento é discutível no direito pátrio, com base no argumento de que o direito brasileiro acolheu o princípio da reparação integral e não a ideia de risco integral, como consta da Lei n.º 6.453/77, que afasta a necessidade de nexos causal na hipótese de dano nuclear (art. 4º), cuja exoneração da responsabilidade do operador nuclear somente ocorre pela culpa exclusiva da vítima, mas somente em relação a ela (art. 6º), e se o acidente nuclear for causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza (art. 8º), o que também é controvertido para a literatura jurídica (ver Paula, 2011, p. 144-146). Desse modo, para esta segunda corrente, sempre haverá excludente do dever de reparar, bem como somente o risco inerente à atividade viabiliza a reparação por danos diretos e indiretos (Gramstrup, 2006, p. 125-140);

k) hipóteses de valoração da responsabilidade pelo critério objetivo agravado, devendo ser o risco inerente à atividade (Noronha, 2010, 651);

Como se pôde perceber, o fato de terceiro, o fato da vítima e o caso fortuito ou de força maior, em determinadas situações, possibilitam alçar a vítima a uma condição de plena desproteção jurídica. Isso será aprofundado no momento em que se tratar da categoria jurídico-normativa formação da circunstância danosa. Pode-se afirmar que o instrumental teórico até o presente momento não se inclina para uma prioritária tutela da vítima, mote desta tese.

Por isso, os próximos itens deste segundo capítulo serão ocupados por reflexões hauridas da literatura jurídica e da jurisprudência que visam flexibilizar o nexos causal, com o fito de abarcar mais situações danosas e conferir a devida reparação pelo dano à vítima, sendo importante refletir, novamente, sobre se o arsenal teórico-prático serve à vítima de forma primeira ou se auxilia a manutenção do atual estado da arte, indicado até este momento da pesquisa.

2.2 CAUSALIDADE VIRTUAL E A CAUSALIDADE ALTERNATIVA: PRIMEIRO PASSO PARA A EROÇÃO DAS TEORIAS DO NEXO CAUSAL

A rigidez da causalidade jurídica, as hipóteses de exclusão e de ausência desta e a evolução tecnológica e social, principalmente a partir da segunda metade do século XX, levaram a literatura jurídica e a jurisprudência a desenvolver categorias jurídicas como a causalidade virtual ou hipotética e as presunções de causalidade (ex.: causalidade alternativa), todas com o intuito de flexibilizar o nexo causal e de ampliar a tutela à vítima.

Essas construções teóricas serão analisadas doravante, iniciando-se a reflexão pela causalidade virtual e pela causalidade alternativa no presente tópico. Pode-se afirmar que essas duas categorias são um primeiro passo para a corrosão do nexo de causalidade, baseado em previsibilidade ou em probabilidade média ou alta de ocorrência do evento danoso, elemento indispensável para a quase integralidade de hipóteses de responsabilidade civil e consumerista brasileira.

O primeiro ponto a ser esclarecido indica serem sinônimos os termos causa virtual e causa hipotética, porém tais termos são contraditórios, porque toda causa é necessariamente real e, sendo virtual ou hipotética, não pode ser classificada como causa. Desse modo, a causa virtual ou hipotética é um fato real, todavia a sua eficácia causal é que pode ser denominada de virtual ou hipotética (Pereira Coelho, 1998, p. 45). Manter-se-á a nomenclatura causa virtual ou hipotética somente para facilitar a compreensão do texto.

O segundo ponto a ser elucidado alude à equidade como fator axiológico da categoria causa virtual, mesmo que não haja a demonstração da relação de causa-efeito entre o fato danoso e o dano (sobre equidade, ver, por todos, Amaral, 2004; Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 760-777). Não obstante isso, parcela da literatura jurídica afastou a relevância da causa virtual, tendo em vista que a equidade não pode alterar o sistema de responsabilidade civil de cada país, que possui uma regulamentação específica acerca da resposta pelos danos (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 607). Além disso, correntes no direito pátrio e no direito estrangeiro indicam a importância de existir uma causalidade necessária ou *conditio sine qua non* para

formar o nexo de causalidade entre o dano e o fato danoso, como se infere do art. 403 do CC e do art. 483, I, do CC português (ver, por todos, Noronha, 2010, p. 688-694; Menezes Cordeiro, 2010, v. 5, t. 2, p. 742).

Em relação ao ônus probatório, cabe à vítima a prova do nexo causal e do dano, na forma do art. 333, I, do CPC e do art. 56 d, 1, do anteprojeto suíço de 2000, exceto se o ônus da prova for invertido, de acordo com o art. 6º, VIII, do CDC e o art. 333, parágrafo único, II, do CPC. O referido anteprojeto suíço, no art. 56 d, 2, também estipula: “Se a prova não pode ser estabelecida com certeza ou se não pode ser razoavelmente exigida a realização dessa prova à pessoa a quem ela incumbe, o tribunal pode contentar-se com uma verossimilhança convincente; ficará por outro lado habilitado a fixar a extensão da reparação de acordo com o grau de verossimilhança” (Sinde Monteiro, 2011, p. 171). Essa solução do anteprojeto suíço pode ser acolhida no Brasil, sempre com o fito de facilitar os meios de defesa da vítima em demandas reparatórias.

O objetivo desta primeira parte do tópico é avaliar se a mencionada rejeição à relevância do instituto é adequada ou se é possível construir outro caminho. Esse introito aponta que a causalidade *virtual* ou *hipotética* implica um dano tido como potencial consequência de uma primeira cadeia causal (causa virtual), entretanto uma segunda cadeia causal (causa real), sem nenhuma relação com a primeira, produz o evento danoso (ex.: uma pessoa é atropelada e se encontra em perigo de vida, porém falece em decorrência de um segundo acidente, com o veículo que transportava a vítima para o hospital). No citado exemplo, a causalidade virtual se enquadra no primeiro acidente, entretanto a causa *efetiva*, *real* ou *operante* do evento morte foi o segundo acidente (Noronha, 2010, p. 688).

Em outra situação, Marcos ao voltar para casa passa por um restaurante, quebra uma mesa do estabelecimento e se dispõe a repô-la o mais rápido possível. Antes que Marcos realizasse a referida obrigação de fazer, uma bomba explode na rua em que se localizava o restaurante e destrói todas as mesas do estabelecimento. Diante disso, Marcos sustenta que não prejudicou o proprietário do restaurante, pois todas as mesas do estabelecimento seriam destruídas com a citada explosão (exemplo adaptado de Larenz, 1958, t. 1, p. 211). Neste exemplo, a causa real seria a explosão, e a causa virtual, a conduta de Marcos.

Nessa linha, a causa hipotética é aquela que não produziu o dano, com este derivando da causa real. Esta também pode influenciar a causa virtual, a saber: a) a

causa real impede que a causa virtual se inicie; b) a causa virtual já tinha se iniciado e teve o seu processo estancado pela ocorrência da causa real, que produziu o dano; c) a causa hipotética estava para findar a produção de efeitos, contudo a causa real impede a conclusão dos efeitos da causa virtual e produz o dano (Pereira Coelho, 1998, p. 22).

As exemplificações e as premissas conduzem a duas indagações: o autor da causa virtual pode invocar a causa real para se isentar da responsabilidade, total ou parcialmente, se o lesado demandar somente contra o autor da causa virtual, a caracterizar a *causalidade interrompida e a relevância positiva da causa hipotética*? O autor da causa real pode rogar a causa virtual para se desonerar, total ou parcialmente, do dever de reparar o dano, configurando a *causalidade antecipada e a relevância negativa da causa virtual*? Na causalidade interrompida, o autor da causa virtual afirma que o dano teria sido produzido de qualquer modo pela causa real; na causalidade antecipada, o autor da causa real argumenta que o dano ocorreria e que a causa real é uma derivação da causa hipotética. Saliente-se que ambos os fatos poderiam potencialmente causar o dano, no entanto somente um deles efetivou o prejuízo, antecipando ou interrompendo o efeito do outro fato danoso (Noronha, 2010, p. 689).

Existe uma predominante recusa por parte da literatura jurídica em conferir importância à relevância positiva da causa virtual, justamente porque diversos países adotam a causalidade efetiva para os danos resultantes da violação (ex.: CC, art. 403 e CC português, art. 483, 1), com a imputação virtual, a rigor, referindo-se ao comportamento lesivo que não se efetivou, não havendo nexos causal entre a causa virtual e o dano. Outro argumento diz respeito à excepcionalidade da função punitiva do direito civil, porém esta disciplina jurídica não pune a tentativa, como ocorre no direito penal, pois a função precípua da civilística é reparar o dano concreto. O autor da causa virtual, portanto, não gerou nenhum dano, o que o afasta de qualquer responsabilidade pelo evento danoso (Pereira Coelho, 1998, p. 46; Menezes Cordeiro, 2010, v. 5, t. 2, p. 742; Noronha, 2010, p. 689; Sampaio da Cruz, 2005, p. 210).

Entendimento diverso pode ser encontrado em parcela do direito alemão que outorga relevância positiva à causalidade virtual, por exemplo, com BYDLINSKI a se basear no § 830, (1) do *BGB* para tal mister, não obstante existam críticas a esse entendimento. O fundamento para que a vítima possa imputar responsabilidade aos autores da causa virtual e da causa real se infere da dicção do referido dispositivo de

lei, que autoriza a atribuição de responsabilidade solidária aos intervenientes que causaram o fato lesivo. Além disso, o § 830 (2) do *BGB*, na causalidade alternativa, admite que haja a responsabilização solidária dos agentes, mesmo que não se prove que algum deles participou do evento danoso, com os indutores e os cúmplices equiparando-se aos coautores. Para essa corrente, por conseguinte, basta que já exista o processo de causa virtual para que a responsabilidade aos referidos autores possa ser imputada. Destarte, se se admite a responsabilidade de pessoas no concurso alternativo, mesmo que não se saiba qual delas produziu o dano, por que não imputar responsabilidade àquelas que provocariam o dano não fosse a causa real interruptiva do mencionado processo danoso virtual? (Menezes Cordeiro, 2010, v. 5, t. 2, p. 742)

Esse entendimento angaria adeptos no direito europeu, como se infere dos trabalhos realizados pelo *GRERCA (Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l' Assurance)*. Isso porque esse mencionado grupo de investigação europeu sobre a responsabilidade civil e o seguro visa refletir sobre os diversos projetos de harmonização do direito europeu acerca da responsabilidade civil e do direito securitário. Em relação à causalidade hipotética, o projeto austríaco, único que trata da temática, alude em seu § 1.294, (2):

§ 1.294. (1) Uma ação, uma omissão ou outro acontecimento é causa de um dano quando este, de outro modo, não se teria verificado.

(2) Um dano pode ser imputado a uma pessoa quando esta o causou ou, de todo o modo, a causa está situada na sua esfera. O mesmo é válido quando um acontecimento era em larga medida apropriado para provocar o dano, mas, contudo, o mesmo se pode também dizer a respeito de outro acontecimento (causalidade cumulativa e hipotética). Se um dos dois acontecimentos for um caso fortuito ou provocado pelo lesado, ou o dano podia ter sido causado quer por outro acontecimento (causalidade alternativa), o dano será repartido de acordo com o peso dos fundamentos da imputação e a probabilidade de causação (Sinde Monteiro, 2011, p. 183-186).

O projeto austríaco trata da causalidade hipotética e da causalidade alternativa em paridade de condições com a causalidade cumulativa. Nesse passo, o segundo fato gera uma obrigação solidária de reparar, com esta solução caracterizando a causa hipotética como uma “causalidade cumulativa deslocada ou ‘separada’ no tempo”. Essa conclusão não valeria para os danos examinados até o segundo acontecimento danoso, não gerando dúvidas acerca da condicionalidade do fato praticado pelo primeiro lesante, negada em relação ao segundo (Sinde Monteiro, 2011, p. 184).

O pressuposto para responder pela causa hipotética, de acordo com o projeto austríaco, seria a conduta “ilícita e culposa ou de qualquer forma que esteja presente um outro fundamento de imputação, isto é, que estejam presentes todos os restantes

pressupostos ou condições de responsabilidade”. Essa responsabilização não ocorre somente se o bem jurídico já estiver destruído ou não mais existir. Se o segundo acontecimento consistir em exclusivo caso fortuito ou fato da vítima, a responsabilidade será suportada pelo lesado e, na hipótese de concorrência de tais categorias com outros fatos danosos, esta responsabilidade será repartida (Sinde Monteiro, 2011, p. 184-185). Essa repartição de responsabilidade pode ser verificada em exemplos citados pela literatura jurídica:

(...) uma vaca é morta num acidente de trânsito. Se se provar que ela teria morrido daí a pouco tempo devido a uma doença latente, então o autor só deve indemnizar o dano resultante da antecipação (...). Se a vaca não estivesse doente, mas teria morrido num incêndio no estábulo, posto em chamas por um raio, então se verifica de acordo com a opinião aqui defendida, uma repartição do dano.

Se se provar que o ferido ou morto sofre de uma doença cujo decurso natural, num período de tempo aproximadamente calculável, teriam conduzido à perda da capacidade de trabalho ou à morte, a responsabilidade do lesante fica nessa medida excluída. (...) Diferentemente, se se prova que o lesado, sem essa lesão, teria morrido pouco tempo depois, num acidente: o acontecimento hipotético não é aqui do tipo que pertence à esfera do lesado, mas antes um caso fortuito exterior (“äußerer Zufall”). O lesante violou aqui um bem jurídico intacto (...). Haveria agora lugar a uma repartição do dano (Sinde Monteiro, 2011, p. 185-186).

A solução posta pela parcela do direito alemão conjugada com aquela do projeto austríaco, com adaptações, pode gerar a solidariedade dos autores da causa virtual e da causa real perante o lesado, com o direito de regresso favorecendo aquele coobrigado que honrou com o pagamento integral da obrigação. O lesado poderia demandar contra os dois lesantes ou somente em relação a um deles, em razão do princípio da primazia da vítima.

Nesse diapasão, parece contraditório admitir-se a reparação pela causalidade alternativa (ex.: não se sabe se a morte de uma pessoa ou o agravamento da sua doença deriva de uma evolução natural da moléstia ou de um erro médico – Noronha, 2010, p. 682) na Alemanha e no Brasil, e não se autorizar o dever de reparar pela causalidade virtual, em que se sabe quem é o autor do fato danoso. Ao autor da causa virtual pode ser atribuído um dos fatores de imputação de responsabilidade (subjetivo, para quem ainda acredite na culpa e no dolo, objetivo ou pelo sacrifício), já que o direito da vítima foi atingido por tal comportamento.

A dificuldade que se tem é saber se determinado fato danoso é causa virtual ou real, porém, sendo considerada causa virtual, a solução que parece adequada é aquela posta pela mencionada parcela do direito alemão, conjugada e adaptada ao projeto austríaco. Pode-se asseverar que o direito regresso de um lesante para com o outro

predis põe a divisão proporcional à contribuição de cada lesante para o dano (ex.: § 1.294, (5), do projeto austríaco – Sinde Monteiro, 2011, p. 168). O que não deve ocorrer é punir as vítimas pela irreparação do dano derivado de uma causa virtual e (ou) de uma causa real, afora as hipóteses de exclusão do dever de reparar, quando esses fatores puderem ser aplicados em um caso. Diante disso, não haveria isenção de responsabilidade do autor da causa virtual, mas a sua solidariedade responsiva com o autor da causa real perante a vítima.

Outro argumento favorável à relevância positiva da causa virtual é a possibilidade de reparação derivada da causalidade mínima ou parcial incerta, alinhavada no § 1.294, (4), do aludido projeto austríaco: “Se de vários acontecimentos que são de ter em conta como causa, nenhum causou o dano total ou uma parte determinada, porém cada um era em elevada medida apropriado para causar uma parte, presume-se que os acontecimentos causaram o dano em igual medida”. Nessa senda, a causalidade parcial incerta projeta um dano resultante por condutas mínimas de várias pessoas, porém sem que se possa determinar tal dano com precisão, como nas lesões advindas de greves ilegais, de emissões insignificantes de poluentes, entre outros. Por isso, se cada fato era apropriado para causar uma parte do dano, presume-se que os diversos fatos causaram o dano em igual medida (Sinde Monteiro, 2011, p. 168 e 186).

Existe uma resistência enorme para se acolher a citada solução em Portugal, pois a legislação portuguesa, como a brasileira, exige o nexo causal entre o evento danoso e o dano, assim como por faltar previsão legislativa para a citada causalidade virtual:

Contra Pereira Coelho, não pensamos que, no Direito português, ao contrário, provavelmente, do que se passa no Direito alemão, se possa dizer que as mesmas razões que conduzem à irrelevância da causalidade alternativa devam levar a irrelevância positiva. Recordamos que, entre nós, quando exista confusão irreduzível perante possíveis autores de danos, sobre o autor efectivo, nenhum é responsável (regime do concurso alternativo). Ora a aplicação, directa ou analógica, de tal regime ao concurso virtual conduziria a que houvesse, de facto, um regime de irrelevância positiva, mas de relevância negativa. O lesado não poderia pedir contas a ninguém: nem ao virtualmente imputado nem ao efetivamente imputado o qual se liberaria da sua responsabilidade. A explicação será a seguinte: só mediante valorações diferentes se pode afirmar que uma pessoa, não causadora efectiva de danos, não responde, e que uma pessoa, causadora efectiva de danos, responde sempre (Menezes Cordeiro, 2010, v. 5, t. 2, p. 742).

Resultado diverso pode ser conferido no Brasil, que autoriza a reparação pela causalidade alternativa (ex.: STJ – RESP 26.975. 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ

de 20.05.2002). Evitando-se situações contraditórias, adota-se a relevância positiva da causa virtual circunscrita à possibilidade de o lesado postular a reparação perante ambos os lesantes. Em reforço a este entendimento, e caso se entenda exagerada a solução da solidarização de responsabilidade entre o autor da causa real e o autor da causa virtual, utiliza-se o expediente preconizado quando se repara o dano indireto.

Reconhece-se a causa virtual nos casos de responsabilidade indireta, visto que não é possível vincular a conduta do responsável indireto ao evento danoso. Noutros termos, a causalidade hipotética abarca um resultado danoso que aconteceria por outra causa seguinte, como na situação em que “a carga deixou de ser embarcada no navio, o que impossibilitou a prestação visto ser o negócio jurídico fixo; contudo, o navio afundou durante a viagem que transportaria a carga”. Exceto os casos previstos em lei (CC, arts. 399, § 1º, 862, 667, § 1º, 936 e 1.218), o segundo causador do dano arcará com os danos decorrentes do fato após a interrupção, e o primeiro causador responderá pelos fatos danosos anteriores à interrupção. No caso exemplificado, o causador do atraso responde pelo inadimplemento negocial e o causador do naufrágio, pelos danos correspondentes a sua atuação, a ensejar uma parcial isenção de responsabilidade dos lesantes. A causalidade hipotética, portanto, é aplicada nas hipóteses de danos advindos de um evento que se projeta no tempo (Silva, 2007, v. 7, p. 202).

Esta pesquisa acolhe a relevância positiva da causa virtual para o direito brasileiro, preferindo-se a perspectiva da responsabilização solidária dos autores da causa real e da causa hipotética, haja vista a prioridade a ser conferida à vítima na contemporaneidade. Essa solução se extrai da efetivação da equidade (justiça de cada caso analisado), em cada situação concreta (Amaral, 2004, p. 23), de expressa previsão no art. 7º, *caput*, do CDC.

Ultrapassada a discussão acerca da relevância positiva da causa virtual, passa-se a debater a relevância negativa desta, também não prevista explicitamente no CC e no CDC. Essa aferição se torna necessária pelo fato de existirem casos concretos que dificultam a análise nítida acerca da produção de todo ou de parte do dano pela causa virtual, como se infere das seguintes situações:

a) o autor da causa real não pode ser responsabilizado pelo dano produzido pela causa virtual, situação denominada de *efeito parcial realmente produzido*; o falecimento de uma pessoa em decorrência de um atropelamento, embora ela já estivesse de veras doente (causa virtual) e com poucos meses de vida de acordo com

diagnóstico médico, enseja a redução do dever de reparar por parte do autor da causa real. Não se pode concretizar a relevância negativa da causa virtual, pois o autor da causa real responde por todo o dano que tiver gerado. Por isso, para NORONHA, seria desnecessário se falar de relevância negativa da causa virtual, pois a causa real do dano foi o acidente (Noronha, 2010, p. 691).

Essa situação levanta o debate da responsabilidade pelo resultado mais grave (*thin skull rule* ou *the egg-shell skull rule*). Isso porque há quem defenda a ideia de que se dispense a prova do nexu causal, conferindo-lhe uma elasticidade não verificada pelas teorias nexu de causalidade. Desse modo, o lesante responde pelo resultado mais grave, mesmo que advindo de condições pessoais da vítima que agravam o resultado, mas não diminuem a responsabilidade do lesante (ver, por todos, Schreiber, 2013, p. 72-74), como destaca CAVALIERI:

Doutrina e jurisprudência entendem, coerentes com a teoria da causalidade adequada, que as concausas preexistentes não eliminam a relação causal, considerando-se como tais aquelas que já existiam quando da conduta do agente, que são antecedentes ao próprio desencadear do nexu causal. Assim, por exemplo, as condições pessoais de saúde da vítima, bem como as suas predisposições patológicas, embora agravantes do resultado, em nada diminuem a responsabilidade do agente. Será irrelevante, para tal fim, que de uma lesão leve resulte a morte por ser a vítima hemofílica; que de um atropelamento resultem complicações por ser a vítima diabética; que da agressão física ou moral resulte a morte por ser a vítima cardíaca; que de pequeno golpe resulte fratura de crânio em razão da fragilidade congênita do osso frontal etc. Em todos esses casos, o agente responde pelo resultado mais grave, independentemente de ter ou não conhecimento da concausa antecedente que agravou o dano (Cavaliere, 2010, p. 59)

A responsabilidade pelo resultado mais grave tem gerado críticas da literatura jurídica por o efeito do dano ser considerado absolutamente imprevisível e derivado de uma anormalidade congênita da vítima; é, entretanto, imputada ao lesante como um efeito direto, imediato ou necessário da sua conduta, embora não seja um comportamento adequado ou eficiente para o dano mais grave. Noutros termos, a condição predisposta da vítima pode até não interromper a cadeia causal, mas o resultado mais grave advindo da condição especial não pode ensejar a responsabilidade do lesante. Por isso, correntes do direito estrangeiro pregam a necessidade de haver previsibilidade da pré-condição da vítima como pressuposto para a manutenção do nexu causal em tais situações, pois, caso contrário, privilegia-se a incoerência e a imprevisibilidade de tal condição, como se infere do art. 1.225 do CC italiano. Admitir tal imputação seria como reviver a teoria da equivalência das condições, sendo que a mencionada teoria “aparece, neste cenário, como mais um

recurso empregado, embora com menor frequência, para a extensão do remédio ressarcitório a domínios que a exigência de demonstração do nexo de causalidade mantinha imunes tanto à responsabilidade subjetiva quanto à responsabilidade objetiva” (Schreiber, 2013, p. 73-74).

Nesta tese, a partir da primazia da vítima e da justiça concreta em cada caso (equidade), considera-se que o lesante será responsabilizado pelo dano que causou, mas não pelo agravamento do resultado diante da condição predisposta da vítima, salvo se ele sabia de tal condição e, mesmo assim, causou o dano. Desse modo, a condição predisposta da vítima não afasta a causalidade, mas concorre para a redução do valor reparatório se tal condição agravar o dano. Nessa linha, utiliza-se a relevância negativa da causa virtual para suscitar a redução do montante reparatório se as consequências do evento praticado pelo lesante forem agravadas pela condição predisposta da vítima. Eis o entendimento posto no art. 1379-2 do anteprojeto francês: “O dano corporal deve ser apreciado sem que sejam tidas em conta eventuais predisposições da vítima, desde que estas não tivessem tido já consequências prejudiciais no momento em que se produziu o fato danoso” (tradução livre do original). Nessa senda, quem age contra alguém que possui problemas de saúde predispostos não pode se colocar no mesmo patamar que estaria caso não existissem tais problemas, ou seja, não há exoneração parcial do lesante por conta de tal situação (Sinde Monteiro, 2011, p. 178-179; Viney; Jourdain, 1998, p. 300-305), mas isso pode influenciar no valor da reparação à vítima se a condição predisposta agravar o dano. Mesmo que o lesante não saiba da condição predisposta da vítima, não poderia ele ter causado o dano e, por isso, deve responder, reduzindo-se o montante reparatório se for o caso, em razão da equidade e do princípio *in dubio pro vitima*.

b) a causa real e a causa virtual contribuem efetivamente para a ocorrência do dano, não se podendo asseverar que a eficácia do primeiro fato seja somente virtual, pois, a rigor, se trata de concorrência propriamente dita de causas reais, haja vista que há nexo causal entre as duas causas, o que torna irrelevante se falar de causalidade virtual (ex.: um incêndio de origem criminosa se alastra devido à demora dos bombeiros para chegar ao local) (Noronha, 2010, p. 691-692);

c) as hipóteses de causalidade cumulativa – causas independentes de danos diversos – não possibilitam alusão à causa virtual, visto que ambas as causas são reais para a ocorrência do dano (Noronha, 2010, p. 692);

d) a causa real antecipa um dano que viria a ocorrer, podendo ser, em si mesma, uma consequência adequada da causa virtual. Nesta hipótese, não consiste em causa virtual a primeira cadeia causal, pois a segunda é um efeito desta primeira causa, verdadeira geradora do dano e que viabiliza a responsabilidade somente para o autor da causa real, indevidamente denominada de causa virtual. Nessa linha, aquele que incendeia um imóvel deve reparar os danos oriundos da atuação dos bombeiros para conter o incêndio. Se este foi ocasionado por um raio, por exemplo, o Estado não deverá responder pela atuação dos bombeiros, mesmo diante da dicção dos arts. 37, § 6º, da CF/88 e 929 do CC. Os bombeiros são os autores da causa real de destruição do imóvel, mas o Estado não responderá por tal fato, já que o bem seria destruído pelo incêndio. Esse exemplo indica que a causa virtual (incêndio) teria relevância negativa e viabilizaria a exclusão do dever de reparar associado à causa real (ação dos bombeiros), mas somente nos estritos limites do caso ora relatado (Noronha, 2010, p. 690-691). A rigor, os bombeiros no caso analisado foram meros instrumentos para a causação do dano e evitaram a majoração ou a criação de novos danos no bem incendiado, a inexistir causa virtual.

Pode-se afirmar que as hipóteses descritas nos arts. 399, § 1º (devedor em mora), 862 (gestor contra a vontade do *dominus negotii*), 667, § 1º (exclusão de responsabilidade do mandante que substabelece sem anuência do mandatário se o dano sobreviesse mesmo sem ter havido o substabelecimento) 936 (responsabilidade do dono do animal) e 1.218 (possuidor de má-fé), todos do CC, excluiriam o responsável de responder pelo dano ao credor, ao interessado e ao bem, respectivamente, desde que provasse que o dano sobreviria mesmo que: a obrigação fosse cumprida corretamente; não houvesse a prática do ato de gestão *prohibente domino*; houvesse culpa da vítima ou força maior no dano causado pelo animal do proprietário deste; o bem estivesse sob o domínio do proprietário. Assim sendo, imputa-se o dano não aos mencionados sujeitos de direito, mas ao caso fortuito ou de força maior, que precisa ser considerado causa real e independente do dano para excluir o dever de reparar dos referidos responsáveis. Isso leva à inversão do ônus da prova acerca da conduta daqueles personagens e a ocorrência do dano, com os responsáveis devendo provar que o caso fortuito ocorreria se o bem estivesse em poder do proprietário, se a obrigação fosse cumprida, se não houvesse culpa da vítima ou força maior no dano gerado pelo animal e se não ocorresse o ato de gestão *prohibente domino*. Não sendo feita essa prova, a responsabilidade será imputada

aos referidos agentes, para parcela da literatura jurídica (ver, por todos, Noronha, 2010, p. 690-694).

Discute-se se os casos trazidos pela lei são exceções ou regras gerais para se medir a relevância negativa da causa virtual. Colhem-se pelo menos quatro entendimentos:

(i) não há excepcionalidade na relevância negativa da imputação virtual caso sejam sedimentadas na teoria da diferença no cálculo da indenização; é excepcional que se estabeleça atender, na determinação do dano, às circunstâncias posteriores à real verificação da lesão. Desse modo, a regra seria a irrelevância, contudo pode-se, por analogia, aplicar as hipóteses legais de relevância da causa negativa a outras situações (Pereira Coelho, 1998, p. 292);

(ii) a causa virtual possui relevância negativa, tendo em vista a teoria da diferença entre a situação real de um patrimônio e a sua situação hipotética sem o dano, sendo certo que se a ocorrência do outro evento não gerar nenhuma diferença também não haverá responsabilidade por parte do agente (Pessoa Jorge, 1999, p. 418);

(iii) a causa hipotética é irrelevante negativamente para constituir o dever de reparar, salvo disposição legal em contrário, como no caso dos lucros cessantes (Varela, 2005, v. 1, p. 936);

(iv) não há uma disposição legal acerca do tema, podendo-se induzir a uma regra geral ou às exceções, insuscetíveis de extensão. Os princípios gerais de imputação do dano permitem aduzir que a responsabilização valorada pelo critério subjetivo demanda que o autor do dano o repare. Para isso, basta que o dano seja apontado como fim e que o lesante se conduza para tal objetivo, a concretizar um comportamento ilícito. A causalidade virtual não influencia essa situação, uma vez que “todo o processo delitual se mantém incólume ainda que se estabeleça que, na sua ausência, teria operado outra imputação de dano idêntico”. A responsabilização valorada pelo critério objetivo, na qual se imputa o dano ao agente sem a ocorrência de conduta culposa, deriva de lei, a tornar necessária a previsão legal atributiva de relevância negativa da causalidade virtual (Menezes Cordeiro, 2010, v. 5, t. 2, p. 745).

É razoável, para MENEZES CORDEIRO, concluir que, em nível factual, a causalidade hipotética não teria relevância negativa, exceto se houvesse uma solução normativa diversa, por exemplo, abarcando as seguintes questões: “um delito deixa de o ser, isto é, perde a natureza de acto ilícito voluntário sempre que o dano por ele

provocado viesse a emergir de outro fator? a imputação objectiva é paralisada, em circunstâncias equivalentes?” A resposta negativa a essas indagações mantém a irrelevância negativa da virtualidade, salvo nos mencionados casos legais que autorizam tal importância. Além disso, não é possível adotar a teoria da diferença (CC português, art. 566, 2), pois o objetivo da responsabilidade civil é a reparação de danos, obtida com a irrelevância da causa virtual negativa. Outra solução demandaria danos sem ressarcimento. A teoria da diferença se refere ao cálculo da reparação e não à causalidade em si, isto é, se pelas regras de imputação determinado dano é atribuído a uma pessoa, “não é lícito vir, em momento necessariamente posterior, subverter a lógica da imputação fazendo intervir elementos com ela relacionados no cálculo da indemnização” (Menezes Cordeiro, 2010, v. 5, t. 2, p. 745-746).

Não obstante os substanciosos argumentos das quatro correntes, é admissível estender a relevância negativa da causa virtual para outras situações não expressas em lei, tendo em vista a concretização da equidade e da igualdade em cada situação concreta, caso a aludida hipótese se evidencie. Além disso, a teoria da diferença poderia servir para calcular o montante reparatório, mas não para afastar a causalidade.

A teoria da diferença, neste sentido, trabalha com a ideia de desvalorização do valor de troca do bem material, mesmo que a causa virtual não o tenha atingido, como no caso relatado acima, da morte de pessoa previamente doente por atropelamento, ou no caso de um país que se encontra sob ameaça de guerra, o que gera a desvalorização de seus bens imóveis deste país. Dificuldade surge quando o bem atingido pelas causas se classifica como existencial, sendo inadequado se falar em “diminuição do valor do bem”, a inviabilizar esta solução em tais casos (Sampaio da Cruz, 2005, p. 218). Pode-se aludir que a causa virtual também serve de parâmetro para os valores devidos a título de lucros cessantes e da indenização por renda (Ancona, 2008, p. 35).

Nessa linha, a teoria da diferença do patrimônio da vítima – “verificada no último momento possível (...) e se, devido à causa virtual, agora não existe diferença, não haveria a obrigação de indenizar” – somente pode ser utilizada para reduzir o valor reparatório e não para excluir a causalidade. Dessa maneira, se o fato danoso originou o dano e, concomitantemente, impediu a produção de outro resultado danoso ou viabilizou vantagens, tais situações devem ser deduzidas do valor da

reparação, por serem consequências adequadas do evento lesivo (Noronha, 2010, p. 694-695).

A relevância negativa da causa virtual, portanto, pode ser utilizada nas mencionadas hipóteses específicas de isenção total do dever de reparar pelo autor da causa real, nos casos expressos em lei e em outras situações em que se possa inferir tal pertinência, como aventado alhures. Serve também à redução do dever reparatório, sem, contudo, excluir a causalidade nos demais casos. Essa conclusão parte da premissa do princípio *in dubio pro vitima*, fio condutor desta tese.

Da causalidade virtual parte-se para a análise da causalidade *alternativa, suposta ou disjuntiva*, que permite dois ou mais eventos incidirem sobre uma situação de dano, sendo impossível demonstrar qual deles, em concreto, a provocou. Para exemplo, duas pessoas agredem a vítima, que falece, sem que se saiba qual agressão era mortal e qual era inofensiva (Noronha, 2010, p. 681-682).

Pode-se aplicar a causalidade alternativa em casos de danos gerados à saúde dos consumidores pelos bens e pelos serviços de diversas marcas e fornecedores (ex.: fabricantes de talidomida – Sampaio da Cruz, 2005, p. 275-277), sem que se saiba quais fornecedores entregaram o bem no mercado, a responsabilizar os fabricantes e o Estado, que autorizou a venda do referido medicamento; de protestos públicos; de responsabilidade médica, entre outros (Mulholland, 2009, p. 219).

A causalidade alternativa demanda, portanto, que exista um liame de necessariedade entre a atividade jurídica em que se insere a conduta dos autores (alternativamente tratados), a gerar uma unificação dos mencionados comportamentos e o evento danoso (Tepedino, 2011, p. 487; STJ – RESP 26.975. 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. DJ de 20.05.2002).

Isso possibilita o enquadramento da causalidade alternativa como uma espécie de presunção de responsabilidade (Mulholland, 2009, p. 216), opção desta tese. Destarte, a presunção de causalidade pode ser entendida como uma consequência extraída de um fato normal e conhecido, no qual se retira prova de um fato desconhecido, sendo normalmente classificada como presunção relativa (*iuris tantum*), por admitir prova em contrário (Nalin, 2000, p. 5). Outro entendimento é o de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, que trata o tema como uma causalidade real admitida de uma causalidade suposta, a afastar a ideia de presunção de causalidade (Couto e Silva, 1988, p. 77).

Há quem critique a terminologia causalidade alternativa, uma vez que “a

causalidade é única, embora imprecisável, sendo alternativa, a rigor, a imputação de responsabilidade aos agentes, justamente pelo fato de não se lograr determinar qual deles, individualmente, produziu o dano” (Schreiber, 2013, p. 75). Parcela do direito italiano comunga deste entendimento, já que a causalidade alternativa “não é um problema de causalidade, mas simplesmente de determinação do dano reparável, porque a presença de uma causa alternativa não elimina nem o evento danoso, que efetivamente se verificou, nem o processo causal que efetivamente o determinou”. Desse modo, a alternatividade está no âmbito de imputação da responsabilidade a qualquer dos cocausadores do dano. No direito italiano, a causalidade alternativa se manifesta quando o dano se origina do comportamento do seu agente, todavia tal lesão ocorreria sem o referido comportamento em razão de outra causa geradora do mesmo efeito, sendo, a rigor, um problema de determinação do dano reparável (Capecchi, 2012, p. 160, 183-184).

Não obstante os entendimentos acima, a causalidade alternativa não necessariamente é única, como no exemplo retrocitado que introduziu o sentido ao termo, pois o problema também se relaciona à causalidade, bem como à imputação de responsabilidade, como, por exemplo, se infere dos princípios de direito de danos europeu enunciados pelo *European Group on Tort Law*: “Art. 3:103. (1) No caso de existirem várias atividades, sendo que cada uma delas, por si só, teria sido suficiente para produzir o dano, mas em que persiste incerteza sobre qual efetivamente o causou, cada uma será considerada como causa do dano até ao limite correspondente à probabilidade de o ter causado” (<http://civil.udg.es/tor/>). Não se pode, contudo, utilizar esta probabilidade para limitar a responsabilidade em relação à vítima, senão para fins de direito de regresso entre os coobrigados.

Parte do direito português, principalmente MENEZES CORDEIRO, para as hipóteses de multiplicidade de causas e (ou) de lesantes na produção do dano utiliza o termo concurso de imputações, que advém de conjunturas variadas, com a atribuição de responsabilidade a alguém a ser aferida pelo risco, pelo delito, por processos causais diversos ou pelo mesmo processo causal, com base na seguinte classificação, não exauriente do tema: homogêneo, heterogêneo, subjetivo e objetivo (Menezes Cordeiro, v. 2, t. 3, p. 736). Como afirmado no momento em que se tratou das concausalidades e da coautoria, o concurso objetivo abarca o concurso necessário, o concurso cumulativo e o concurso alternativo. Este permite que dois ou mais eventos incidam sobre uma situação de dano, sendo impossível demonstrar qual deles, em

concreto, a provocou.

Nessa linha, o citado autor luso entende que o assunto não retrata um concurso de causas, pois o problema não se limita à causa, já que esta não pode ser “desinserida do evento que, mercê de adequada valoração normativa dá lugar a determinada imputação” (Menezes Cordeiro, v. 2, t. 3, p. 739). Sem embargo dos substanciosos argumentos lançados pelo autor, adota-se a ideia de um fato ou de uma pessoa, ou de uma variedade de fatos ou de pessoas poderem produzir o dano, a afastar a construção retrocitada acerca do concurso de imputação. Lança-se mão da nomenclatura concurso de causas e (ou) de autoria, pois o problema não se restringe à imputação ou somente ao fato de o dano ser reparável (ou não), visto que em diversas situações não se sabe a causa e (ou) a (co) autoria do dano, a manter a nomenclatura causalidade alternativa, suposta ou disjuntiva. Saliente-se que o termo disjuntivo é o mais adequado para a categoria jurídica por evitar confusão de quem o interpreta, porque tem o sentido de separar, significado que não necessariamente pode ser atribuído ao significante alternativa.

Esclarecido o sentido do significante causalidade alternativa, torna-se importante apontar circunstâncias fático-jurídicas que ladeiam a categoria jurídica, haja vista que:

a) foi intensificada para a tutela de situações em um ambiente de massificação social, mormente a partir dos anos 50 do século XX, tendo o direito alemão e o brasileiro aplicado o instituto para viabilizar a reparação civil de danos advindos de brigas violentas em bares, estádios (ex.: STJ – RESP 26.975. 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. DJ de 20.05.2002), danos ao meio ambiente (reconhecida pelo TJRS – Apelação Cível – 21062. 3ª Câmara Cível. Rel. Antônio do Amaral Braga. J. 08.11.1973 e negada pelo STF – RE 86.446. 1ª T. Rel. Min. Antônio Neder. J. 14.06.1977), acidentes de trânsito envolvendo diversas pessoas ou causas diversas (ex.: TARS – Apelação Cível 195.116.827. 5ª Câmara Cível. Rel. Rui Portanova. J. 23.11.1995, ver Silva, 2007, v. 7, p. 200), entre outras situações.

Existem casos, contudo, em que houve a negativa da tutela à vítima, como no julgado do TJRS em que, por maioria, o paciente menor, hemofílico, infectado com o vírus da AIDS, por meio de transfusão de sangue, manejou demanda reparatória contra um dos hospitais no qual recebeu tratamento, tendo sido imputada negligência ao corpo médico. Por o paciente ter feito transfusão em outros hospitais, negou-se o pleito reparatório e a aplicação da causalidade alternativa (TJRS –

Apelação Cível 593.008.808. 5ª Câmara Cível. Rel. Alfredo Guilherme Englert. J. 10.4.1993). Essa inaplicabilidade não induz a uma rejeição da causalidade alternativa no Brasil, mas somente a sua limitação a casos específicos.

Há previsão expressa da causalidade alternativa no direito alemão (*BGB*, § 830) e no anteprojeto austríaco de responsabilidade (§ 1.294, (2)). A legislação a seguir delineada trata da responsabilidade dos membros do grupo determinado por danos causados por membro indeterminado deste, o que para alguns não é caso de causalidade alternativa (ver Noronha, 2010, p. 682 e 683; Díaz, 2008, p. 81-83): anteprojeto francês de responsabilidade civil (art. 1.234), Ley de Caza espanhola (Ley 1/1970, art. 33.5), no anteprojeto de reforma do Código Civil argentino de 1998 (arts. 1.672 e 1.673), Código Civil holandês (arts. 99 e 166), Código Civil de Québec (art. 1.480), Código Civil grego (art. 926), Código Civil japonês (art. 719), Código Civil da Etiópia (art. 2.142) e Código de Obrigações polonês (art. 137). Legislações especiais e outros Códigos Civis, como o brasileiro, não tratam especificamente do tema, mas acolhem a responsabilização solidária por danos praticados por mais de um agente, como posto no art. 942, segunda parte e parágrafo único, do CC e art. 7º, parágrafo único, do CDC, arts. 1º, 3º, 14 e 19 da Lei n.º 10.671/03 (Estatuto do Torcedor), entre outros dispositivos (sobre o assunto, ver, por todos, Díaz, 2008, capítulo 3).

b) é uma das respostas à injustiça do “dano anônimo”, substituindo-se a causalidade certa e real pela suposição de causalidade, expressão de CLÓVIS DO COUTO E SILVA (1997, p. 236; 1988, p. 71-74), como alude PONTES DE MIRANDA:

Há causalidade alternativa quando o dano pode ter sido causado e o foi pelo ato de A ou B, sem se poder determinar com certeza qual dos dois o causou. Há duas soluções de técnica legislativa: a) a de se entender que, na falta de prova de quem causou o dano, ainda que haja indícios veementes contra ambos os apontados, nenhum pode ser responsabilizado; b) uma vez que os fatos se apresentam como um todo, a de se ter como responsável qualquer dos participantes (Pontes de Miranda, 2012, t. 22, p. 274).

Ocorre que a questão ultrapassa a técnica legislativa, uma vez que resulta numa postura ideológica dual: ou se condenam inocentes ou não se repara a vítima, ou seja, voltamos ao primitivismo ou passamos a uma etapa de socialização da responsabilidade? (Iturraspe, 1999, p. 14) A resposta a essa indagação depende justamente do que se quer com a responsabilidade por danos. Nesta pesquisa, o foco é bem claro: priorizar a tutela da vítima, optando-se, portanto, por reparar a vítima que sofreu um dano anônimo. Dessa forma, quando duas pessoas agredem a vítima, que falece, sem que se saiba qual agressão era mortal e qual era inofensiva, deve

haver a reparação com a responsabilização solidária dos agentes, assim como no exemplo abaixo:

Em numerosos casos, relata Viney, o encadeamento de causas e consequências não é objetivamente constatável, o que deixa um largo campo para apreciação. Tal ocorre, por exemplo, quando o dano se produz muito rapidamente ou sem testemunhas, ou quando um longo tempo separa o fato e o dano, de tal sorte que o processo de causalidade resta obscuro ou muitas causas estranhas intervêm. Ainda, quando o fato atribuído ao autor é uma atividade poluente e cuja nocividade pode prorrogar-se à distância no espaço e no tempo, sem que ela se manifeste imediatamente por riscos visíveis, surgindo ulteriormente em lugar diverso (Della Giustina, 1991, p. 54).

A opção, portanto, é pela reparação pelo dano sofrido pela vítima, com a solidariedade diluindo a responsabilidade dos agentes e tornando-a menos onerosa.

c) a causalidade alternativa é um expressivo exemplo de desindividualização da responsabilidade, afastando-se de uma tutela exclusivamente individual e acolhendo uma tutela coletiva para fato(s) danoso(s) que atingem uma pluralidade de pessoas. No Brasil, sem tratar especificamente da causalidade alternativa ou da responsabilidade dos grupos, existem dispositivos legais que indicam a tutela coletiva, como o art. 81 do CDC.

Emergem, por conseguinte, do relato acima três relevantes debates: (i) a quem é atribuído o ônus da prova de comprovar a causalidade alternativa; (ii) a responsabilidade do grupo por dano causado por membro indeterminado é hipótese (ou não) de causalidade alternativa; (iii) a causalidade alternativa e a responsabilidade do grupo ensejam a responsabilidade solidária ou compartilhada dos responsáveis.

A primeira questão se relaciona ao ônus da prova, e a resposta a tal questionamento também depende da referida opção ideológica apontada no início do texto, a gerar intensas discussões no Direito brasileiro. Isso porque, para uma primeira corrente, a hipótese seria de irresponsabilidade do lesante, por a causalidade ser incerta, sem que se possa indicar o responsável pelo dano. Destarte, a causalidade concursal deve ser especificadamente demonstrada pelo lesado, não bastando para tal mister a presença do sujeito no grupo de pessoas, caso não seja identificado o autor do dano. “Por exemplo, não se provando qual de duas pessoas no local tenha ateado fogo, nenhuma das duas pode ser tida como responsável” (Bianca, 2006, v. 5, p. 648).

Nessa medida, cabe ao lesado comprovar a existência da causalidade (CPC, art. 333, I e art. 56 d, 1, do anteprojeto suíço de 2000). Diante disso, em caso de dúvida,

(...) haverá que *decidir contra ele*, ressalvadas as hipóteses em que tiver a seu favor uma presunção legal ou em que se beneficiar de inversão do ônus da prova [7.4.7]. Essa é uma regra que não consente temperamentos. No entanto, há algumas situações em que aparentemente (e só na aparência) ela parece sofrer abrandamentos em benefício do lesado, como são as hipóteses em que se puder falar em *perda da chance de evitar um dano*, as de *responsabilidade coletiva*, ou *gruppal*, e aquelas que ainda possam ser reconduzidas a qualquer das formas de *causalidade concorrente* (Noronha, 2010, p. 682).

Respeita-se o entendimento acima, todavia, além das hipóteses de ônus da prova invertido (CDC, art. 6º, VIII e CPC, 333, parágrafo único, II), o referido anteprojeto suíço, no art. 56 d, 2, também estipula: “Se a prova não pode ser estabelecida com certeza ou se não pode ser razoavelmente exigida a realização dessa prova à pessoa a quem ela incumbe, o tribunal pode contentar-se com uma verossimilhança convincente; ficará por outro lado habilitado a fixar a extensão da reparação de acordo com o grau de verossimilhança” (Sinde Monteiro, 2011, p. 171). Essa solução do anteprojeto suíço pode ser acolhida no Brasil, sempre com o fito de facilitar os meios de defesa da vítima, mesmo em fase de cognição exauriente e não provisória, como são os casos dos arts. 273 e 461 do CPC, em homenagem à primazia da vítima e à equidade (justiça do caso concreto).

Por fim, o *Restatement (Second) of Torts*, no § 433B (3), aduz que “quando a conduta de dois ou mais autores é danosa, e é provado que apenas um deles causou o dano ao pleiteante, porém há incerteza sobre qual deles o causou, o ônus recai sobre cada um destes autores de provar que não foi ele que causou o dano” (Mulholland, 2009, p. 221). Reforça, assim, o entendimento alinhavado nesta tese, de dinamicidade e de facilitação do ônus probatório atribuído àquele que possui melhores condições para tanto, sempre em homenagem a uma facilitada tutela à vítima.

A segunda questão – responsabilidade do grupo como hipótese de causalidade alternativa – gera enorme divergência na literatura jurídica (sobre o assunto, ver, por todos, Noronha, 2010, 691).

Uma primeira corrente, majoritária, entende que a responsabilidade do grupo é hipótese de causalidade suposta, disjuntiva ou alternativa (Tepedino, 2011, p. 486). Uma situação aceita é a do art. 938 do CC – *effusum et deiectum* – queda de objetos provenientes de casas e edifícios (STJ – RESP 64.682. 4ª T. Rel. Min. Bueno de Souza. DJ de 29.03.1999; TJRJ – Apelação Cível – 200300109759. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. Claudio de Mello Tavares. J. 25.06.2003; TJRS – Apelação Cível 70014428106. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. J. 17.05.2006). Na VI

Jornada de direito civil do CJF foi aprovado o Enunciado 557 com a seguinte redação: “Nos termos do art. 938 do CC, se a coisa cair ou for lançada de condomínio edilício, não sendo possível identificar de qual unidade, responderá o condomínio, assegurado o direito de regresso”. Refletindo um pouco sobre o tema, a vítima terá muito mais solidez reparatória, em regra, se a responsabilidade for do condomínio. Deve ocorrer este compartilhamento na demanda de regresso entre os demais condôminos e a unidade da qual o objeto caiu e gerou o dano reparado à vítima, partindo-se da premissa de que esta deve ter uma tutela prioritária e não participou do evento danoso.

Isso porque o dano acontece em decorrência da conduta de uma pessoa que age em grupo, sem que se consiga estabelecer quem foi o autor da causa eficiente para a produção do dano. Como exemplo, a hipótese de um grupo de caçadores que atira em um vulto achando que é a caça, mas, a rigor, se trata de uma pessoa que se encontrava no local. Não se pode apurar qual dos caçadores efetuou o disparo que alvejou a vítima, respondendo o grupo de caçadores pelo dano causado à vítima (Alberto Díaz, 1998, p. 117-118; TJRS – Apelação Cível 11.195. 1ª Câmara Cível. Rel. Oscar Gomes Nunes. J. 25.11.1970).

Os tribunais têm acolhido a ideia de causalidade alternativa como equivalente da responsabilidade do grupo, sendo sempre necessária uma relação de causalidade, até porque é uma hipótese de presunção de causalidade (Díaz, 2008, p. 541; TJDF – AG 20080020185804. 6ª Turma Cível. Rel.^a Lucimeire Maria da Silva. DJ-e de 10.06.2009; STJ – RESP 26.975. 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. DJ de 20.05.2002; TJRS – Acórdão 70018527150. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. DORS de 10.01.2008; TJSC – Acórdão 2007064749-0. 3ª Câmara de direito civil. Rel. Des. Henry Petry Junior. DJSC de 14.07.2008; TJRJ – Acórdão 15034/1998. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Ronald Valladares. J. 21.10.2003; TJSP – Acórdão 82.376-4. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. César Lacerda. J. 08.09.1999).

Pode-se, com base nos entendimentos retrocitados, apontar algumas características da responsabilidade do grupo, que devem ser cumpridas de forma cumulativa: a) no dano anônimo não se identifica o seu autor; b) certo é que o dano foi provocado por um ou por mais de um integrante de um grupo de pessoas, como os membros de uma torcida organizada; c) o grupo pode ser perfeitamente identificado e com integrantes determinados, mesmo que não se saiba qual deles causou o dano;

d) o grupo não precisa ser organizado ou institucionalizado juridicamente, podendo ser responsabilizado coletivamente o grupo de fato; e) não se trata de um dano causado pelo grupo enquanto tal – fator de responsabilização plural e solidária –, pois o autor do dano é único ou há mais de um autor, não se tratando de coautoria entre todos os membros do grupo; f) o grupo não precisa ter um chefe, a delimitar a responsabilidade de forma igualitária dos seus componentes; g) o grupo desenvolve atividades de risco ou perigosas; h) o(s) autor(es) permanece(m) oculto(s), lastreado(s) na atividade grupal (Díaz, 2008, p. 540-541; Martins-Costa, 2003, v. 5, t. 2, p. 142-144; Iturraspe, 1999, p. 16-21); j) a vítima deve comprovar que tentou todos os meios disponíveis para identificar o causador individual do dano, mas não obteve êxito (TJRS – Embargos Infringentes 596219006. 3º Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Des. Osvaldo Stefanello. J. 07.03.1997); i) deve haver probabilidade de atuação do grupo para fins de imputação (Mulholland, 2009, p. 229).

Ressalte-se que há uma concordância com a maioria das condições postas acima, todavia discorda-se daquelas descritas nas alíneas “a” – necessidade de o membro do grupo ser indeterminado; “g” – necessidade de desenvolvimento de atividade de risco ou perigosa; – “j” – a vítima deve comprovar que tentou todos os meios disponíveis para identificar o causador individual do dano, mas que não obteve êxito.

Em uma perspectiva de tutela prioritária da vítima, por que o membro deve ser indeterminado se ele atuava em grupo? Há uma flagrante diferença entre a conduta diária individual de uma pessoa e a sua conduta em grupo, pois, normalmente, segundo FREUD, prevalece o instinto social (psicologia das massas), com a identidade do grupo, nação, raça ou profissão prevalecendo sobre a própria identidade do ser enquanto pessoa (ex.: torcidas organizadas de agremiações futebolísticas). O compartilhamento de uma pseudoidentidade repercute em grande medida no comportamento, em situações específicas, com a concretização de uma máxima de guerra: “a diferença entre *nós e eles*”. A observação do psicólogo PHILIP ZIMBRADO parece adequada a esta reflexão: “há momentos em que as circunstâncias externas nos sobrecarregam e fazemos coisas que jamais imaginaríamos fazer”. Isso se intensifica em uma sociedade consumista em que a reificação do humano é crescente (Costa, 2013; Freud, 2011). Desse modo, o grupo e o indivíduo influenciam-se mutuamente, e isso deve ser levado em conta na imputação de responsabilidade ao grupo, mesmo que o lesante seja identificado, a priorizar a tutela da vítima.

Crítica-se, também, a necessidade de a atividade do grupo ser de risco ou perigosa, porque importa saber se existe causalidade, dano reparável e inexistência de excludente, total ou parcial, ao dever de reparar. A vítima não pode ser punida pela irreparação por um dano que sofre somente pelo fato de o grupo que causou tal lesão não exercer atividade de risco ou perigosa. Além disso, a comprovação de tal dano deve ser facilitada para a vítima; a comprovação de sua parte acerca do causador individual do dano pode se tornar dificultosa e impedir que diversas vítimas procurem a tutela reparatória, bastando para isso a comprovação do fato danoso.

Esclarecidos os pontos favoráveis ao enquadramento da responsabilidade do grupo como hipótese de causalidade disjuntiva, demonstra-se a razão pela qual outra corrente doutrinária não considera a responsabilidade do grupo no âmbito da causalidade alternativa:

As situações em que se pode falar em responsabilidade coletiva, ou grupal, sumariamente referidas no capítulo que antecede [7.5.2], são aquelas em que se ignora quem foi o responsável por um determinado dano, mas sabe-se que é necessariamente uma de duas pessoas determinadas, ou uma dentre todas as que integram um certo grupo. São situações que vão ser examinadas noutro capítulo [v. 2, cap. 16], mas é preciso desde já deixar claro que nelas não existe uma questão de causalidade alternativa, não obstante serem muitos e mui ilustres os autores que defendem tal ponto de vista. Nessas situações de responsabilidade grupal o problema não é de causalidade, é de determinação das pessoas que devem ser tidas como responsáveis pelo dano, em relação ao qual se ignora a autoria, mas cuja causa é bem determinada: enquanto a causalidade alternativa diz respeito à causa do dano (como a própria designação revela), na responsabilidade grupal não existe dúvida quanto a essa causa; a dúvida é relativa às pessoas a quem tal causa (e causa única) pode ser atribuída (Noronha, 2010, p. 682).

Diante disso, parece ter razão o entendimento acima, não se podendo confundir a causalidade alternativa com hipóteses, a rigor, de causalidade concorrente:

Suponha-se que uma pessoa é ferida num acidente e que ao ser transportada para o hospital sofre novo acidente, vindo a falecer; suponha-se ainda que não seja possível determinar que lesões ela sofreu no primeiro e no segundo acidente e que assim se fique sem saber se a morte foi consequência das lesões sofridas num ou no outro, ou se foram umas e outras, somadas, que originaram o evento fatal. Pois bem: apesar de não ser possível identificar as lesões que concretamente causaram a morte (dando a impressão de se estar numa situação de causalidade alternativa), é certo que ela resultou das lesões sofridas e que os dois responsáveis pelos acidentes contribuíram para ela, mesmo que se fique sem saber se a situação era de causalidade concorrente propriamente dita ou de causalidade cumulativa. E na dúvida haverá que presumir que ambos contribuíram para o evento em igual medida (ainda que perante os sucessores da vítima isto seja irrelevante, porque os lesantes responderão sempre solidariamente ...) (Noronha, 2010, p. 683).

Acolhe-se, portanto, o entendimento de que a responsabilidade do grupo não é hipótese de causalidade alternativa.

A terceira questão – responsabilidade solidária do grupo e na causalidade alternativa – reside na possibilidade de a responsabilidade dos lesantes ser solidária. O § 830 do *BGB*, a Ley de Caza espanhola (Ley 1/1970, art. 33.5), o anteprojeto de reforma do Código Civil argentino de 1998 (arts. 1.672 e 1.673), o Código Civil holandês (arts. 99 e 166), o Código Civil de Québec (art. 1.480), o Código Civil grego (art. 926), o Código Civil japonês (art. 719), o Código Civil da Etiópia (art. 2.142) e o Código de Obrigações polônês (art. 137) apontam para a responsabilização solidária dos agentes. O § 1.294, (2) do citado projeto austríaco de responsabilidade civil indica que a responsabilidade será dividida “de acordo com o peso dos fundamentos da imputação e da probabilidade da causação do dano”, como nos casos de perda de uma chance (Sinde Monteiro, 2011, p. 180).

No direito alemão, o concurso alternativo se encontra no *BGB*, § 830, (1), que imputa a responsabilidade solidária aos intervenientes que causaram o fato lesivo, mesmo que não se prove que algum deles participou do evento danoso, com os indutores e os cúmplices equiparando-se aos coautores (§ 830 (2)). De outro bordo, o CC português não abarca o assunto, a afastar a hipótese de incidência ao caso de concurso alternativo do art. 497 do mencionado Código, que trata de responsabilização solidária (Menezes Cordeiro, v. 2, t. 3, p. 739-740). No Direito brasileiro, não há, outrossim, um dispositivo como no *BGB*, porém isso não impede a utilização dos arts. 942, segunda parte e parágrafo único, do CC e 7º, parágrafo único, do CDC, para tratar do concurso alternativo, por ser a interpretação conferida por MENEZES CORDEIRO bastante restritiva, principalmente se o foco do intérprete for tutelar, em primazia, a vítima, fio condutor desta tese.

Seguindo a linha do direito português, há quem entenda que a atribuição do nexo de imputação ao grupo (aplicação ampliadíssima do art. 942, segunda parte e parágrafo único, do CC) “pode levar à injustiça, recaindo num certo jogo de azar, ao responsabilizar cada um dos integrantes de um grupo que provocou um dano pelo fato de se ter provado que um agente não-identificado, *mas componente do grupo*, foi autor”. Desse modo, não se pode conferir ao princípio da segurança social tal amplitude, o que enseja uma adoção da teoria normativa da causalidade adequada, informada pelo *topos* da razoabilidade para a imputação de responsabilidade pela causalidade alternativa (Martins-Costa, 2003, v. 5, t. 2, p. 142-143). No mesmo sentido:

(...) em alguns ordenamentos, procura-se justificar esta ampla aplicação com base em uma interpretação extensiva da norma que impõe responsabilidade solidária a todos os coautores de um dano. Tal extensão vem explicada ao argumento de que “a ativa participação em uma ação comum torna solidariamente responsável o indivíduo na medida em que sua participação contribui para a criação do risco específico de dano inerente àquela ação”. Embora a validade deste recurso somente possa ser avaliada à luz de cada ordenamento particular, não resta dúvida de que o expediente representa uma significativa extensão da ideia de responsabilidade solidária entre coautores, já que coautoria, a rigor, não se verifica, ao menos em relação ao dano, sendo possível, no máximo, falar em uma coautoria ou comparticipação da situação de risco que resultou na lesão à vítima. De qualquer forma, o certo é que, por meio deste ou de outros subterfúgios, vem se presumindo a existência de nexos causal em relação a todos os potenciais causadores de um dano sempre que não se afigura possível demonstrar de qual deles partiu a conduta efetivamente lesiva. A responsabilidade solidária daí derivada vem repartida entre os diversos envolvidos com base em critérios variáveis, muitas vezes inteiramente dissociados da incidência ou prevalência da causa jurídica do evento danoso no caso concreto, como ocorre nas divisões com base em “market share (participação no mercado do produto nocivo), tão habituais no cenário norte-americano dos chamados toxic torts (amianto, tabaco etc.) (Schreiber, 2013, p. 77-78).

Não obstante os relevantes argumentos retrocitados, a partir de um olhar prioritário à vítima, a responsabilidade na hipótese de causalidade alternativa deve ser solidária, devendo-se utilizar critérios adequados para tal solidarização. Isso porque o lesado deve ser beneficiado, ampliando-se as possibilidades de que ele seja reparado (Mulholland, 2009, p. 109-110; Díaz, 2008, p. 83-158, 541).

Essa proteção da vítima pode ser aferida em outros casos que não são de causalidade alternativa ou de responsabilidade dos grupos, como pelo fato do produto e do serviço em uma relação de consumo (CDC, arts. 12 e 14); pela improbidade administrativa, conforme Enunciado 558/CJF: “São solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente” (CC, art. 942, segunda parte e parágrafo único, combinado com os arts 3º, 4º, 5º e 6º da Lei n.º 8.429/92); pela violação ao estatuto do torcedor, pois existe solidariedade também entre a entidade responsável pela organização da competição e a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo; a responsabilidade pela segurança do torcedor em evento esportivo é da entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes; as entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios

ou da inobservância do disposto no capítulo da lei atinente ao tema. (Lei n.º 10.671/03 – Estatuto do Torcedor, arts. 3º, 14 e 19), entre outras situações.

Se existe solidariedade por conta de danos não anônimos, nas hipóteses de danos anônimos ela também deverá incidir, até porque nestes casos, a vítima encontra-se em uma situação de assimetria muito maior do que naquelas descritas acima, não se revelando adequado afastar tal solidarização entre os responsáveis pela reparação. Ocorre que a mesma parcela da literatura jurídica que defende a solidariedade entre os responsáveis autoriza a não imputação de responsabilidade a todos os membros do grupo, desde que um destes membros comprove a impossibilidade de participação no evento danoso. Afasta-se a tese da coautoria pelo fato de o grupo responder como unidade organizativa, pois o nexos causal vincula o dano ao grupo que participou do evento danoso (Mulholland, 2009, p. 217; Díaz, 2008, p. 540), sem que com isso se descaracterize a responsabilidade do grupo pelo dano. Esse entendimento foi sufragado pelo art. 1.234 do anteprojeto francês de responsabilidade civil: “Quando um dano causado pode um membro indeterminado de um grupo, todos os membros identificados respondem solidariamente por esse dano, a não ser que algum deles demonstre que não pode ser autor” (Sinde Monteiro, 2011, p. 179).

Por esta ideia, se uma facção de torcida organizada, como a Gaviões da Fiel no caso de Oruro na Bolívia, em fevereiro de 2013, não foi à partida, pode ser excluída do dever de reparar, sem que com isso se impeça o grupo de ser condenado pelo dano que causou à vítima. Essa posição teórica poderia ser utilizada no âmbito do direito de regresso entre os cossolidários pela reparação à vítima, podendo ser mensurada a responsabilidade pela probabilidade de cada membro ter realizado o dano; pelo número de membros de cada grupo; pela participação no mercado (em sentido parecido, § 1.294 (5) do anteprojeto suíço; Mulholland, 2009, p. 217-225; Díaz, 2008, p. 540), mas não para fins de exclusão ou de minoração da responsabilidade dos lesantes perante a vítima, que deve ter os danos reparados de forma prioritária.

Não se concorda com tal assertiva de exclusão do codevedor solidário pelo fato de haver uma miríade de casos em que os membros identificados que participaram do evento danoso podem não ter condição de arcar com o dano, a prejudicar a vítima. Além disso, se somente os membros do grupo indicados forem os responsáveis solidários pelo dano, pode haver um encobrimento dos membros mais abastados

deste grupo, justamente para que a vítima, no mínimo, tenha dificuldade de obter a reparação pelo dano que sofreu.

Não deve favorecer a exclusão do membro do grupo que não participou do evento danoso a aplicação analógica do art. 279 do CC: “Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado”. Isso porque este artigo fere o princípio de primazia da vítima, a equidade e pode também ensejar um desleixo dos demais coobrigados para efetivar em qualquer relação obrigacional os princípios da precaução e da prevenção de danos. Por isso, deve-se fortalecer a ideia de solidariedade passiva, em que o devedor cumpre a obrigação como se único obrigado fosse, pois há uma comunidade de fim do grupo, fundada em uma única relação jurídica (Lôbo, 2011, p. 142). Não deve a vítima ser punida por tal situação, até porque a reparação individual ou solidária visa satisfazer a integralidade dos prejuízos, com eventuais critérios sendo aplicados para o direito de regresso entre os codevedores, como se observa na responsabilidade solidária dos fornecedores na cadeia de consumo.

À vista do exposto, afigura-se relevante a discussão trazida acerca da causa virtual, da causa alternativa e da responsabilidade dos grupos, porquanto se evidencia um primeiro rompimento com a ideia de causalidade previsível e efetiva. Constatou-se, porém o receio da literatura jurídica e da jurisprudência em tais situações, por estarem ainda vinculadas a concepções modernas de não expansão “exagerada” dos danos, mediante o controle da causalidade, mesmo que por critérios de probabilidade. Isso poderá ser comprovado quando da abordagem das duas últimas temáticas deste capítulo: a imputação objetiva da responsabilidade civil e consumerista e a ideia de presunção de causalidade, embora no bojo do discurso de ambas as categorias se ache a vítima como objetivo de tutela primeira dos referidos institutos.

2.3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA APLICADA À RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMERISTA: O RISCO CRIADO E O RISCO AGRAVADO

A teoria da imputação objetiva se afasta da relação de causalidade entre o evento danoso e o dano para envidar esforços na atribuição de responsabilidade. Antes, porém, cabe esclarecer o sentido dos significantes imputabilidade, imputação e imputação objetiva, para que se evitem interpretações equivocadas sobre o assunto.

A imputabilidade, classicamente, pode ser entendida como a atribuição de culpa por um ato a alguém, por seu estado psíquico, como se verifica em relação à idade ou por conta de uma situação de interdição. Assemelha-se, por conseguinte, à capacidade negocial e à capacidade extranegocial, todavia o direito civil brasileiro não distinguiu a imputabilidade da incapacidade, com o intuito de obstar que uma obrigação negocial ou extranegocial seja baseada na equidade. Nessa linha, o “estado transitório, como o sonho, o desmaio, o ataque epilético, a embriaguez e o estado hipnótico não afastam a imputação, se a incapacidade não se compõe” (Pontes de Miranda, 2012, t. 2, p. 345-346; Almeida Costa, 2011, p. 580). Para essa corrente, deve-se comprovar a culpa ou o dolo para fins de imputabilidade da responsabilidade, por o dano não ser reparável por quem o causou sem culpa ou dolo.

Essa explicação indica que a imputação pode ser apreendida como a ação ou o efeito de imputar, ou seja, ato pelo qual se declara que o causador moral de uma ação permitida (ou não) responderá pelos efeitos dela, com a imputabilidade referindo-se à capacidade de essa pessoa responder pelo dano. Desse modo, imputação e imputabilidade se referem ao ato ou à pessoa a quem se imputa o ato (Pontes de Miranda, 2012, t. 53, p. 66).

Em outro sentido, a imputabilidade se vincula à ideia de capacidade delitual (aquela para praticar ilícitos) da pessoa a quem ela esteja vinculada (fato jurídico *stricto sensu* ilícito e no ato-fato ilícito) ou à pessoa que praticou a ilicitude (ex.: CC, art. 186). Por isso, o absolutamente incapaz não comete ato ilícito, embora possa contrariar o direito, com a responsabilização advinda da reparabilidade do dano, independentemente da ilicitude. O absolutamente incapaz, contudo, mesmo sem cometer ato ilícito, responde com os seus bens pelo dano, se as pessoas por ele

responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes (CC, art. 928) (Bernardes de Mello, 2007a, p. 225).

Destaca-se que, para esse segundo sentido, a imputabilidade deriva de enunciados normativos que atribuem às pessoas capacidade delitual (CC, art. 5º), sem que se vincule à ideia de culpa ou de outro fator subjetivo, não obstante várias situações de ilicitude sejam hipóteses culposas. Não se pode confundir, portanto, a imputabilidade como elemento da ilicitude e determinadas imputações de responsabilidade civil, nas quais a certas pessoas, em específicas situações, é atribuído o dever de reparar. “O exemplo do ato contrário a direito praticado pelo absolutamente incapaz é típico. O sistema *imputa* ao seu responsável o *dever de ressarcir o dano causado*, porém não há ilicitude em sentido próprio” (Bernardes de Mello, 2007a, p. 225-226).

Esse segundo sentido também tem sofrido temperamentos, uma vez que no direito penal adotou-se a teoria finalista da culpa, tendo sido a imputabilidade deslocada do tipo penal para ser um pressuposto de aplicabilidade da pena. Dessa maneira, o inimputável comete crime toda vez que a sua conduta caracterize o tipo penal, todavia estará isento da pena. Esse entendimento parece ser equivocado, porque dissocia os elementos estruturais dos enunciados normativos, tratando separadamente o suporte fático e o preceito, bem como desconsidera a adequada incidência dos enunciados normativos (Bernardes de Mello, 2007a, p. 226-227).

Em relação ao primeiro ponto, mormente em enunciados normativos penais, deve haver a previsão do suporte fático (ex.: matar alguém) e do preceito (eficácia jurídica a este ato, por exemplo, pena de reclusão de seis a vinte anos), para que se constitua um fato jurídico como crime. O segundo ponto pode ser elucidado pelos enunciados normativos que pré-excluem a juridicização, isto é, enunciados normativos que impedem determinada normativa de incidir em e gerir os fatos jurídicos a que se destina. Com isso, torna insuficiente o suporte fático de outro enunciado jurídico ou exclui o seu preceito (ex.: isenção tributária). Exemplo disso é o art. 188, I e II, do CC, que afasta a ilicitude posta no art. 186 do CC, caso se configure, no caso concreto, a legítima defesa, o exercício regular do direito ou o estado de necessidade (Bernardes de Mello, 2007a, p. 227-228).

A inimputabilidade no direito penal possibilita duas consequências: a) torna insuficiente o suporte fático, pela eliminação da imputação; b) gera a incompletude da normativa, pela exclusão do preceito em decorrência da isenção da pena. Dessa

maneira, a declaração legal de inimizabilidade retira do suporte fático a contrariedade ao direito que o constitui, a afastar a incidência, tendo em vista que o conceito de crime está muito arraigado à conduta culposa ou dolosa (Código Penal – CP –, arts. 18 e 26). Isso afasta a ideia de crime para a conduta realizada por menores de 18 anos (CP, art. 27, e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 104). Além disso, a isenção da pena aos inimputáveis exclui o aspecto criminoso da conduta e torna incompleta a normativa penal. É possível, por conseguinte, sustentar que a teoria finalista da culpa no direito penal, ao apontar que há crime não punível, por ser ato praticado pelo inimputável, não tem base teórica, pois a punibilidade faz parte da completude da normativa penal, assim como por a inimizabilidade implicar a insuficiência do suporte fático. Não há crime, porque a normativa que define inimizabilidade pré-exclui a incidência do enunciado normativo penal (Bernardes de Mello, 2007a, p. 229-230).

Esclarecidos esses pontos, a imizabilidade pode ser aplicada para qualquer tipo de ilícito, seja atingindo direitos obrigacionais, reais ou existenciais, havendo (ou não) relação jurídica entre os sujeitos, a incluir os casos de responsabilidade negocial e extranegocial. Outra questão relevante é aquela atinente ao grau de incapacidade do agente para a prática do ilícito civil, sendo esta mensurada no momento em que o agente realiza a conduta. Isso porque a incapacidade plena gerará a inimizabilidade do agente e a incapacidade parcial pode ensejar no direito civil a responsabilização por determinados atos, como ocorre com os relativamente incapazes (ex.: menores de 16 anos, CC, art. 4º).

Verificado o sentido de imizabilidade, passa-se para o sentido de imputação, que concerne a uma responsabilização de segundo grau, devido ao fato de o sujeito a quem se imputa esta responsabilidade deter uma posição ante o dano, vinculando-se subjetivamente, em decorrência da previsibilidade deste frente à lesão (imputação subjetiva lastreada na culpa e no dolo); ou por uma imputação objetiva, baseada no risco, na garantia e na equidade, cuja exclusão de responsabilidade dependerá da demonstração, em ambas as hipóteses de imputação, de caso fortuito, de força maior, de fato da vítima, de fato de terceiro, de ausência de defeito ou de vício no bem ou no serviço, ou pelo fato de não ter o lesante colocado tais objetos em circulação (CDC, arts. 12, § 3º e 14, § 3º), ressaltando-se as hipóteses de causalidade disjuntiva quanto a este último aspecto. Outro sentido possível para a imputação objetiva refere-se a ela ser uma teoria apta a tratar da imputação de responsabilidades com base na

probabilidade de risco e na efetivação do resultado danoso, e não retratada como fator de valoração da responsabilidade, objeto de discussão deste tópico.

O primeiro sentido atribuído ao termo imputação (subjéctiva e objectiva) é denominado de nexo de imputação, elemento da responsabilidade civil e consumerista, vinculativo do facto danoso com o responsável. Pode ser considerado como um factor de justiça que autoriza a condenação do lesante e (ou) responsável em reparar o dano à vítima. Esse rol de categorias que envolve os dois tipos de imputação é sempre dinâmico e pode ser alterado por lei, pela literatura jurídica e pela jurisprudência, sempre visando uma adequada tutela à vítima. Exemplo disso é a imputação de responsabilidade sem que o responsável tenha praticado alguma conduta danosa, como a responsabilização: da seguradora por acidentes de trânsito; do INSS pelos acidentes de trabalho; do transportador que conduz onerosamente passageiros, que sofrem danos por facto de terceiro (CC, art. 735); do Estado pelos danos gerados aos familiares do detento assassinado em presídio estatal; da instituição bancária pelos assaltos ocorridos no interior da agência bancária, entre outros casos (Altheim, 2008, v. 2, p. 438-439).

Nessa perspectiva, há entendimento de que o nexo de imputação é tão relevante que alteraria o sentido do nexo de causalidade, passando de uma vinculação entre conduta e dano “para ser uma ligação entre o nexo de imputação e o dano. Isso porque em diversas situações pessoas que não praticam conduta ligada ao dano podem ser chamadas a indenizar, como ocorre nas hipóteses denominadas de “responsabilidade civil agravada” ou nas hipóteses de indenização decorrentes de seguridade social” (Altheim, 2008, v. 2, p. 435-436).

Discorda-se desse entendimento justamente para que não se misture novamente causalidade e imputação, que possuem funções diversas no âmbito da responsabilidade civil e consumerista, a ratificar a distinção entre causalidade e imputação, embora incidam sobre o mesmo fenómeno. A causalidade se encontra atrelada à relação externa à vítima e aos responsáveis – vínculo do evento danoso com o dano; a imputação, no sentido ora explicitado, impõe o dever reparatório, de precaução e de prevenção ao agente, inclusive daquele que não participou do processo de causalidade (ex.: STJ – AG 416.760. 3ª T. Min. Ari Pargendler. DJ de 20.05.2002), com a imputação pressupondo a imputabilidade (Silva, 2007, v. 7, p. 178-179; ver, sobre o assunto, em uma abordagem um pouco diversa, Kelsen, 2006, p. 79-119).

Apresentado este primeiro sentido para o termo imputação, passa-se a examiná-lo no âmbito da teoria da imputação objetiva, a ensejar a reflexão da utilidade (ou não), para o direito civil e consumerista, dessa construção teórica. A teoria da imputação objetiva aporta no direito civil em 1927, por meio da tese de doutoramento de KARL LARENZ intitulada “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”. Visava estabelecer limites entre o que seja fato próprio e o que seja fato acidental de um evento danoso, para fins de imputação de responsabilidades por danos. O autor se amparava na vontade do ser racional em prever os efeitos de específicas causas, a incluir condutas culposas e dolosas, já que HEGEL restringia tais consequências às condutas dolosas (Sampaio da Cruz, 2005, p. 113). Nessa linha, KARL LARENZ alude que a vontade constitui a essência da ação, com a imputação advindo da finalidade da conduta, porém a finalidade não é aquilo que o indivíduo quis ou previu, mas a integralidade daquilo que a ação abrangia, ou seja, erige a previsibilidade do homem racional como critério de imputação, e não o da pessoa concreta (Larenz, 1958, v. 1, p. 191).

Por isso é que existe entendimento de que a teoria da imputação objetiva é um fator de restrição do nexos causal e serve mais como uma excludente do dever de reparar (Stolze; Pamplona Filho, 2002, v. 3, p. 110; Mulholland, 2009, p. 184). Esse entendimento é exemplificado pela análise da proposta de LARENZ e de HONIG, que, ao fim e ao cabo, se limita a saber o que deve ser adstringido à conduta do sujeito para que ele possa ser o responsável, com HONIG, utilizando a “direcionalidade objetiva a um fim” como critério, mas tendo como resultado o limite do caso fortuito, por ele não ser finalizável (Rodrigues Júnior, 2006, p. 441).

A direcionalidade objetiva a um fim pode ser aferida pelo seguinte exemplo: o sobrinho pretende herdar a herança de um tio abastado e o convence a ir a um local repleto de árvores, onde, em um determinado período do dia, normalmente, caem muitos raios. O tio se dirige ao local, é atingido por um raio e acaba falecendo. O critério da discricionariedade objetiva impede que o resultado morte seja imputado ao sobrinho, haja vista que ele não detinha o controle causal sobre o evento danoso, ou seja, a imputação objetiva acaba acrescentando à causalidade naturalística uma categoria normativa, a somar finalidade objetiva e causalidade (Camargo, 2002, p. 63).

Não obstante isso, a teoria da imputação objetiva foi olvidada pela civilística, apreendida e desenvolvida pelos penalistas, com o intuito de utilizar uma renovada percepção do direito penal, como havia ocorrido com as categorias finalistas de HANS WEZEL. A rigor, as teorias finalistas e a teoria da imputação objetiva aludem para uma crise do causalismo nas ciências naturais, como referendado no primeiro capítulo desta tese, e à repercussão dessa crise no Direito (Rodrigues Júnior, 2006, p. 435-437).

Desse modo, a dogmática jurídico-penal, de cunho causalista, lastreava-se em pelo menos três teorias da causalidade – equivalência das condições, causalidade adequada e teoria da relevância (Camargo, 2002, p. 51). As duas primeiras foram retratadas no primeiro capítulo da tese, sendo interessante tratar da teoria da relevância. Esta foi proposta por MÜLLER, desenvolvida por MEZGER, e procura jungir os princípios da adequação e a interpretação conforme ao sentido dos tipos legais, a fim de que haja a responsabilização penal. Para essa teoria, a causa seria todo evento que necessita de um nexo causal para o tipo (Rodrigues Júnior, 2006, p. 439-440). Esse constructo teórico foi severamente criticado:

Tal posición implica la exigência de una teoría de la imputación autónoma y subsiguiente al examen de la causalidade y em esa medida es totalmente correcta. Lo único que Mezger descuido fue elaborar su teoría de la relevância hasta llegar a una teoría general de la imputación. Por eso dicha teoría, de modo similar a la de adecuación, solo puede incluirse como percussora de una concepción amplia de la imputación dentro de la misma (Roxin, 2001, p. 362).

Esse cenário possibilitou que HANS WEZEL aplicasse a sua teoria finalista com o objetivo de conferir outras respostas à questão da causalidade e da imputação no direito penal, pois propunha um conceito analítico de crime – conduta típica, antijurídica e culpável –, o que foi incorporado no Direito pátrio. Dessa maneira, a conduta típica se enquadra como aquele comportamento humano, voluntário, culposo ou doloso, consciente e dirigido a um fim; o tipo penal refere-se aos requisitos objetivos do crime; o fato típico é aquele que atende aos requisitos descritos em lei, mas realizado de forma dolosa ou culposa, ou seja, a culpa e o dolo integram a conduta, formam o fato típico como requisitos normativos do tipo (Rodrigues Júnior, 2006, p. 440-441).

Os avanços da concepção finalista de crime possibilitaram a intensificação da criticidade ao causalismo, principalmente nos idos das décadas de 1960 e 1970, com a recepção no direito penal da teoria da imputação objetiva, a partir da construção

aludida por ROXIN, mas sem olvidar a contribuição de LARENZ e de HONIG no direito civil. Destarte, a proposta roxiniana aponta para a responsabilização penal imputada ao agente que criou ou incrementou um risco proibido relevante, com o resultado jurídico decorrendo desse risco. Noutros termos, o “resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preencher o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco proibido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo” (Rodrigues Júnior, 2006, p. 441).

Dessa forma, a perspectiva funcionalista roxiniana – o sistema penal não deve se vincular a dados ontológicos como ação e causalidade, entre outros – influencia a concepção de imputação objetiva, uma vez que o objetivo constitucional do direito penal é tutelar bens jurídicos de maneira preventiva geral ou especial, como base em quatro critérios: (i) as condutas que diminuem riscos não podem ser imputadas como ações típicas; (ii) as ações que não criam uma possibilidade objetiva de lesão não são objetivamente imputáveis, como o caso do sobrinho, no exemplo de HONIG; (iii) o autor vai além do risco permitido, causa o resultado, mas não se sabe se a ação correta o teria evitado, ocorrendo a imputação somente se a ação promotora do risco permitido o tiver aumentado de modo relevante; (iv) os resultados que não se encontram no âmbito de proteção da norma de cuidado não são imputáveis a quem os causou (Roxin, 2002, p. 58). Três são os critérios que podem fundar a teoria da imputação objetiva: dominabilidade, evitabilidade e previsibilidade, com a teoria da causalidade adequada conferindo suporte para a previsibilidade (Mulholland, 2009, p. 187).

Dessa maneira, se alguém causa um acidente de trânsito por estar embriagado, caracteriza-se o fato dirigir bêbado como de risco proibido; se uma pessoa omite o socorro a outra que se afoga, configura-se tal situação como de incremento do risco, o que também pode ser aplicado ao direito civil. Se o risco criado pelo agente for permitido, reduzido, se o resultado não tiver ocorrido ou se não alcançar o tipo, não haverá imputação objetiva, mesmo que cause danos a terceiros (ex.: danos oriundos do uso do tabaco). A rigor, os critérios de imputação construídos pelo autor são meios de exclusão desta e exigem, de algum modo, uma comprovação causal e comportamental, mediante a análise do elemento subjetivo do autor, por exemplo, nos desvios causais e nos crimes tentados (Larrauri, 1998, p. 100).

Outras construções foram sendo realizadas no direito penal acerca da imputação objetiva, indicando-a como um “método de análise do fato típico que tem por fim, aplicação da lei penal, considerar responsável aquele que determinou a violação dos valores vigentes, através de elementos de certeza que permitam justificar a interferência do direito penal no agir social” (Camargo, 2002, p. 136). A imputação objetiva também tem gerado uma ideia de autorresponsabilidade da vítima, como quando utiliza seringa com heroína ou com a transmissão de doenças venéreas contagiosas com o prévio conhecimento do parceiro, entre outras situações. Esses comportamentos demonstram que há o consenso quanto ao risco, sendo o consentimento muitas vezes causa de justificação da tipicidade, e em outros, hipótese de exclusão de tipicidade (Rodrigues Júnior, 2006, p. 442).

Outro autor que contribuiu para a concretização da teoria da imputação objetiva foi GÜNTHER JAKOBS, a partir de um exame denso dos elementos do crime, relacionando-a com a teoria do tipo objetivo e a perturbação social incompatível com a normativa penal. Desse modo, a imputação objetiva deve ser analisada no bojo de um ambiente social concretamente considerado, até porque “uma sociedade que esteja necessitada de avanços tecnológicos tolerará uma quantidade maior de riscos; por conseguinte, exonerará o fabricante e imporá ao proprietário e à potencial vítima a obrigação de garantir segurança”. Reafirma a sanção ao comportamento violador da normativa penal e busca o equilíbrio social, punindo os comportamentos que ensejem riscos não permitidos em sociedade (Jakobs, 2000, p. 17-20).

A teoria da imputação objetiva no viés de JAKOBS utiliza a ideia de papéis sociais ajustados pelo contato social, a se assemelhar à culpa objetiva ou normativa no direito civil. A violação deste papel gerará a ação típica objetivamente considerada, porque “cada um espera dos demais que se comportem de determinada maneira e orienta seu comportamento segundo essas expectativas”. Nessa linha, “é cada papel o que determina o conteúdo dos deveres e não o arsenal das peculiaridades individuais de cada um” (Jakobs, 2000, p. 20 e 52). Exemplifica-se isso com o proprietário de um automóvel tendo o papel de garantir a segurança do tráfego do seu veículo; caso viole esse papel, gera o risco juridicamente reprovável (Mulholland, 2009, p. 187).

A perspectiva de risco de JAKOBS difere daquela de Roxin, pois, para o primeiro, o risco reprovável é aquele que não seja: (i) um risco mínimo permitido pelo contato social; (ii) a realização do princípio da confiança, em que todos estão

cumprindo o seu papel; (iii) fato exclusivo da vítima; (iv) fato de terceiro (proibição de regresso), a ensejar a ausência de imputação (Jakobs, 2000, p. 16).

Outra diferença entre esses dois modos de valoração da imputação objetiva se relaciona à verificação da conduta em sua concretude, isto é, para JAKOBS, não importa se o agente tem uma capacidade especial que gere a ele uma obrigação de utilizá-la para evitar o risco de dano, não sendo necessária qualquer análise subjetiva. Outro é o entendimento de ROXIN, que entende imprescindível tal aferição, porque ela adentra na ambiência do que seja objetivamente previsível, em clara adoção da teoria da causalidade adequada (Mulholland, 2009, p. 187).

A incidência dessas construções realizadas no direito penal acerca da imputação objetiva deve ser adaptada ao direito civil, visto que o dano é um fator de primeira ordem para a responsabilidade civil; já para o direito penal, o resultado naturalístico não contém tanta relevância para a tipificação de certos crimes consumados ou tentados (ex.: crimes formais e de mera conduta). Das construções suscitadas, há quem entenda que a de JAKOBS é a que melhor tutelaria a vítima, por analisar objetivamente as condutas normativas, com a verificação da culpa objetiva e com a distribuição dos papéis socialmente contextualizados e limitados à figura do garantidor destes papéis. Nesse prisma, a teoria da imputação objetiva possibilita à vítima o benefício de, provando o dano associado ao risco irrazoável, presumir a causalidade, imputadora da obrigação de reparar de qualquer espécie e fator de valoração (Mulholland, 2009, p. 188).

A imputação objetiva aplicada ao direito civil e do consumidor pode ser um fator de complemento da causalidade para excluí-la, como no caso de responsabilidade solidária em que o coobrigado pode afirmar que não criou ou incrementou o risco proibido e não permitido, o que ensejaria a exclusão da sua responsabilidade ou a sua limitação, como ocorre no art. 279 do CC; ou para minorar a responsabilidade do agente nas hipóteses de causalidade virtual e de causalidade disjuntiva, embora possa ser um bom fator de presunção de causalidade. Esse entendimento, embora pareça factível, vai de encontro à tutela prioritária da vítima e a toda a construção que está sendo realizada nesta tese.

2.4 A INTENSIFICAÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRESUNÇÕES DE CAUSALIDADE: SEGUNDO PASSO PARA UMA ANÁLISE DÚCTIL DA CAUSALIDADE JURÍDICA

A revisão teórica acerca da causalidade jurídica e da imputação objetiva tem por ápice a ideia de presunção de causalidade, construção que mais tem possibilitado a flexibilização do nexos causal, a fim de conferir uma maior reparabilidade aos danos sofridos pela vítima. A polêmica, por conseguinte, é inerente ao tema e demanda uma divisão em dois momentos: (i) distinção entre presunção fática e presunção jurídica; (ii) fundamentos fático-jurídicos atribuíveis à presunção de causalidade.

A ideia de presunção está atrelada à dificuldade de se comprovar determinada situação fático-jurídica (CC, arts. 212, IV, e 230), como nos casos de causalidade jurídica múltipla e alternativa, sendo que tal ônus probatório da vítima, para demonstrar a causalidade entre o evento danoso e o dano (CPC, art. 333, I). Existem casos, contudo, em que o fato jurídico não necessita de prova (CPC, art. 334) – *presunção legal*; em que há a inversão do ônus probatório acerca da comprovação do fato jurídico (CPC, art. 333, parágrafo único, e CDC, art. 6º, VIII – ver, por todos, Leonardo, 2004a); em que existam regras da experiência permissivas à conclusão da ocorrência do mencionado fato (CPC, art. 335) – *presunção natural, do homem, simples ou de fato*. Não obstante isso se devem fomentar diuturnamente o *favor veritatis* e o *in dubio pro dammato*, nos casos de custo elevado, de insuficiência e de impossibilidade de produção da prova da causalidade por parte da vítima, tendo em vista a sua prioritária tutela pelo direito civil e consumerista contemporâneo e a ideia de carga dinâmica da prova – quem tem melhores condições é que deve produzi-la.

A presunção natural ou fática (*presumptiones facti* ou *presumptiones hominis*) frequentemente é utilizada para a comprovação do nexos causal e do dano, e a presunção legal ou jurídica (*presumptiones juris*) para as hipóteses de nexos de imputação, sendo relevante diferenciá-las. A primeira se lastreia em situações fáticas que ocorrem normalmente no cotidiano e sofrem limitações legais (CC, arts. 227 e 230); a segunda advém de enunciados normativos, dividindo-se em relativas (*juris tantum*), ilidíveis por prova em contrário (ex.: CC, art. 8º; Lei n.º 8.560/92, art. 2º-A, parágrafo único – presunção legal relativa de estado de filiação paterna por recusa do

genitor em realizar o exame de DNA; Enunciado 301/STJ); e em absolutas (*jure et de jure*), não ilidíveis por prova em contrário (ex.: CC, art. 163; Lei n.º 6.453/77 e Lei n.º 6.938/81). Podem-se dividir as presunções em mistas ou intermédias, aquelas que não admitem prova alguma em contrário, mas somente aquelas especificadas em lei, abarcando as hipóteses de presunção de culpa (Noronha, 2010, p. 502-506).

Não se confundem presunções legais absolutas e ficções legais, porque estas não existem, mas permitem que um fato imaginário se torne juridicamente relevante, como a transmissão da herança desde a abertura da sucessão para os herdeiros (CC, art. 1.784), a propriedade fiduciária (CC, art. 1.361) e a pessoa jurídica (Noronha, 2010, p. 507). As presunções, entretanto, são juízos preventivos internos acerca de peculiaridades fáticas advindas de fatos precedentes aplicáveis aos fatos novos por motivos econômicos, entre outros, (*id quod plerumbe accidit*), fundando-se as presunções em dados da experiência “com fundamento nas quais, com processo indutivo, se vai do certo ao incerto, seguindo aquele método experimental” (Lima, 1999, p. 76). Exemplo disso é a presunção de lucro cessante (ver, por todos, Nalin, 2000; Sampaio da Cruz, 2011) e a presunção de ocorrência de danos extramateriais à pessoa humana por inscrição indevida em cadastro de inadimplentes.

O sentido atribuído às presunções permite a passagem para a temática da presunção de causalidade, que serve à manutenção do nexo de causalidade. Por isso, é necessária a ideia de presunção de causalidade toda vez em que há uma dificuldade da vítima em determinar com precisão o nexo causal, a ensejar que determinada ação ou omissão imputada ao responsável, até prova em contrário, seja a causadora do fato danoso. A presunção de causalidade é fática e não jurídica, a possibilitar ao magistrado, ante o caso concreto, analisá-la pela ideia de normalidade, “resolvendo a demanda com base no que a experiência da vida possa demonstrar como sendo razoável e provável”, de acordo com o art. 335 do CPC (Mulholland, 2009, p. 62-63; Capecchi, 2012, p. 224, nota 29).

Nessa perspectiva, há entendimento de que se pode utilizar a teoria da causalidade adequada para aferir a apuração probabilística lógica e estatística, o que, segundo parcela da literatura jurídica, seria mais condizente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Essa teoria permite que os danos ocorridos sejam internalizados por seus criadores presumidos, e o risco suportado por quem tem melhores condições de evitá-lo (Mulholland, 2009, p. 18).

A presunção de causalidade tem por conteúdo axiológico os princípios da: (i) *dignidade da pessoa humana* (CF/88, art. 1º, III) – identifica as hipóteses de danos reparáveis, a qualificação e a quantificação destes, pelo exame da situação pessoal da vítima, assim como serve de parâmetro para, em situação de presunção de causalidade ou de impossibilidade de prova, priorizar a figura da vítima; (ii) *solidariedade social* (CF/88, art. 3º, I) – serve de vetor axiológico para a imputação do dever de reparar e para a delimitação dos danos reparáveis, ou seja, a causalidade será distribuída adequadamente diante dos riscos da atividade, impondo-se àquele que possui melhor condição ou posição para evitar o dano. A imputação de responsabilidade seria realizada mesmo nos casos em que a vítima não fizer prova irrefutável da existência de um liame de causalidade entre evento danoso e dano, nas hipóteses de causalidade múltipla, alternativa ou virtual; (iii) *prevenção* – gera o efeito de desestímulo ao lesante; (iv) *reparação integral do lesado* – possibilita que a vítima seja adequadamente reparada, principalmente em casos de danos difusos, momento em que a presunção de causalidade se apresenta com maior vigor (Mulholland, 2009, p. 60-80).

Apontadas as características do instituto, expõem-se alguns casos de acolhimento e de desacolhimento da ideia de presunção de causalidade, como se extrai da questão relacionada à existência (ou não) de nexo causal na hipótese de colocação no mercado de consumo de pílulas anticoncepcionais de farinha pelo fabricante, e a gravidez indesejada das consumidoras que supostamente utilizaram o medicamento fraudado (ver, por todos, Pianovski Ruzyk, 2011a).

A primeira decisão entendeu que as cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Desse modo, mesmo não sendo possível verificar exatamente como as pílulas-teste chegaram às consumidoras, o dever de reparar do fabricante deve ser mantido, até porque a realização da citada demonstração pode se tornar impossível. Isso porque “eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo”.

Além disso, existia prova nos autos processuais de que a consumidora utilizava o anticoncepcional, embora não tenha juntado uma das cartelas do produto defeituoso. Como se observa, no caso, há uma dupla impossibilidade probatória: à vítima era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela

defeituosa, e ao fabricante, não se mostrava possível afirmar qual a cartela adquirida pela consumidora.

Diante disso, de acordo com o julgado, “não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor” (STJ – RESP 1.120.746. 3ª Turma. Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi. DJ-e de 24.02.2011).

O segundo caso, com idêntico problema jurídico, negou o dever de reparar, imputado ao fabricante, pelos seguintes motivos:

Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido. Por outro lado, entre a gravidez da autora e o extravio das "pílulas de farinha", mostra-se patente a ausência de demonstração do nexo causal, o qual passaria, necessariamente, pela demonstração ao menos da aquisição dos indigitados placebos, o que não ocorreu. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação. (STJ - RESP 720.930. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 09.11.2009).

Ambos os julgados, mesmo sem se referirem à presunção de causalidade, embora ela no caso se apresente, retomam a dicotomia: prioridade à vítima ou ao lesante, como explicitado nas duas decisões retrocitadas. Nesse passo, podem-se utilizar as presunções para indicar a causalidade entre um evento danoso e o dano, por meio de um juízo de probabilidade, e não de necessariedade, para se estabelecer a causalidade e a responsabilidade do agente (ex.: STJ – RESP 442.247. 3ª T. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJ de 18.08.2003), como nas hipóteses de: dano nuclear (ex.: Lei francesa de 30 de outubro de 1968, art. 10; Lei 6.453/77, arts. 4º e 13); de danos pelo consumo de medicamentos; pelo consumo de alimentos (ex.: óleo de canola); pelo consumo de tabaco (ex.: TJRS – Apelação Cível 70016845349); pelo dano advindo de bala perdida, a responsabilizar o Estado (ex.: TJRJ – Apelação/reexame necessário 2009.227.01907. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza. J. 19.08.2009), pelo acidente de trabalho e doenças funcionais (Lei n.º 8.213/91, arts. 19 e 20); pela guarda de coisas; pela responsabilidade dos pais em

relação aos filhos; pela responsabilidade das agremiações por danos causados por seus torcedores, caso detenha o mando de campo (Lei n.º 10.671/09, art. 3º), entre outros casos, a partir da ideia de causalidade provável e presumida (Viney; Jourdain, 1998, p. 55, 58 e 184; Mulholland, p. 235-280).

As presunções de causalidade também incidem em casos de responsabilidade coletiva ou dos grupos, como na situação em que a vítima assistia a um desfile de carros alegóricos no Rio Grande do Sul e foi alvejada por um disparo de arma de fogo que partiu de um carro alegórico, denominado de caçadores, no qual se encontravam os lesantes. O disparo da arma continha munição de confete e de chumbo, o que causou lesões graves no rosto e no tórax da vítima, sem se saber, no entanto, quem disparou o tiro do carro alegórico. As pessoas que estavam no carro alegórico foram absolvidas no aspecto criminal, mas condenadas solidariamente na esfera cível, pois todos tinham o dever de guarda em relação às armas e às munições, não sendo relevante determinar quem individualmente disparou o tiro. Um caso parecido (*Summers v. Tice*) envolvia dois caçadores que caçavam na redondeza, dispararam um tiro, sem que se saiba quem disparou, e o projétil atingiu o olho direito da vítima, o que também gerou a condenação solidária dos dois caçadores (Peteffi da Silva, 2009, p. 47-49).

Hipótese clara de presunção de causalidade pode ser retirada do direito ambiental, cujo lapso temporal entre o dano e o evento danoso, em regra, é enorme, a dificultar a prova por parte da vítima. Exemplo disso é a comprovação dos fatos oriundos da poluição, que possuem natureza complexa e efeitos difusos concorrentes com outras fontes poluidoras, configurativas de uma causalidade complexa. Esta demonstra a dificuldade de se identificar qual, dentre os vários fatores de causação do dano, gerou a lesão, bem como a forma pela qual ele foi gerado. Nessa seara jurídica, basta que a atividade seja potencialmente degradante para que a responsabilidade solidária entre os responsáveis possa ser imputada (ver, por todos, Benjamin, 1988, p. 44-45).

Entre os diversos exemplos relacionados ao tema, cabe destacar alguns casos que tiveram repercussão internacional e projetaram a temática de maneira ímpar: a) os danos causados pelo *consumo de estrogênio sintético antiabortivo* (DES), a ensejar a incidência da teoria da responsabilidade pela cota de mercado (*market share liability*). O caso *Sindell x Abbot Laboratories*, em 1980, retrata a responsabilização do laboratório fabricante do DES pelo fato de o medicamento ter

sido consumido no período entre 1947-1971 e haver causado várias espécies de câncer nas crianças nascidas de mães que utilizaram o medicamento durante as gestações. A execução da responsabilidade atingiu os fabricantes que tinham cota substancial de participação no mercado relacionado ao citado medicamento; b) *danos causados por óleo de canola desnaturado* ocorrido na Espanha, em que, no início dos anos 1980, cerca de quinze mil pessoas foram intoxicadas pela ingestão do referido óleo, resultando na morte de trezentas pessoas. A Espanha admitia a importação do óleo de canola para fins industriais, o que levou os importadores a desnaturarem o bem, para impedir o consumo humano. Alguns fornecedores, contudo, importaram o óleo desnaturado, inverteram o processo de desnaturação e o comercializaram para o consumo humano. Essa situação levou à intoxicação em massa, tendo os empresários que venderam o bem defeituoso sido condenados a reparar os danos às vítimas, por meio da presunção de causalidade; d) *wrongful life* – perda da chance de não ter nascido – como em casos ocorridos nos Estados Unidos, na França e na Espanha, locais em que o aborto terapêutico é permitido, nos quais os médicos foram responsabilizados por não informarem adequadamente as mães acerca do aborto, caso soubessem que o bebê nasceria com deficiência (Mulholland, 2009, p. 235-264).

Diante disso, apresentam-se, de maneira exemplificativa, situações que podem ser submetidas à presunção de causalidade, se presentes em um significativo número de casos semelhantes: a) dificuldade considerável ou impossibilidade de a vítima comprovar o nexos causal; b) responsabilidade coletiva em que a conduta ou a atividade com a qual a causalidade se relaciona é desconhecida; c) desenvolvimento de atividades perigosas, geradoras de danos qualitativamente graves (natureza da atividade ou do bem ou do serviço fornecido) e quantitativamente numerosas (em decorrência da natureza difusa que os acompanha). Presentes tais situações, pode ser utilizada a presunção de causalidade, por meio da verificação probabilística da causa, com o intuito de imputar responsabilidades. A repartição do ônus reparatório pode ocorrer por meio do *market share*, por divisão equitativa, entre outros meios, e não por pesquisa condicional da causalidade, mas pela criação do risco de dano (Mulholland, 2009, p. 278-280).

Sem embargo da majoração das situações em que se infere causalidade presumida e a conseqüente reparação dos danos, há certa desconfiança em relação à utilização do instituto, tendo em vista os seguintes motivos: a) os pedidos de reparação são “fundados mais na desgraça da vítima, que em uma possibilidade

jurídica de imputação dos infortúnios “ao sujeito que se considera responsável. Fala-se, neste sentido, em vitimização social ou *blame culture*”; b) a presunção de causalidade, em diversas hipóteses, “imputa a responsabilidade pelas tragédias pessoais a outros indivíduos ou agentes econômicos que acabam suportando, individualmente, um ônus que uma postura coerente atribuiria à sociedade como um todo, e não simplesmente à pessoa mais próxima da fatalidade”; c) o “resultado desta tendência é a realização do pior temor dos juristas da Modernidade: a extraordinária expansão do dano ressarcível” (Schreiber, 2013, p. 78-79).

Ressalta-se, contudo, que, para evitar possíveis excessos e as críticas acima, parcela da literatura jurídica erigiu critérios para utilizar a presunção de causalidade de maneira a fomentar os princípios que a modulam. Existe proposta de configuração do instituto por meio da utilização da probabilidade estatística e lógica para a verificação da causalidade, mediante indícios e do *id quod plerumque accidit* (observação daquilo que ordinariamente ocorre), entre o dano e a atividade, que deve gerar riscos para outrem (CC, art. 927, parágrafo único) (Mulholland, 2009, p. 280-342).

A proposta está amparada nos seguintes fundamentos e sintetiza aquilo que foi posto na tese de doutoramento de CAITLIN SAMPAIO MULHOLLAND, talvez, a pesquisa mais relevante sobre o assunto no direito civil brasileiro contemporâneo (Mulholland, 2009, p. 280-342):

(1) a terceira via da responsabilidade civil é o nexo causal, para além da responsabilidade valorada pelo fator de atribuição subjetivo (culpa e dolo) e objetivo (risco, equidade e garantia), pois abarca a presunção de responsabilidade com base em um juízo probabilístico (Mulholland, 2009, p. 282);

(2) específicos fatos danosos, alguns decorrentes de atividades de risco; de causalidade disjuntiva e de danos de massa ou difusos autorizam o magistrado imputar o dever reparatório, mesmo sem prova estrita da existência de um nexo de causalidade entre o dano e a conduta, ou em relação à atividade desenvolvida, aferida por meio de probabilidades (Mulholland, 2009, p. 282);

(3) a finalidade a ser atingida é efetivar a dignidade da pessoa humana, por meio da solidariedade social e da reparação integral, porque cada membro da sociedade é responsável pelo bem-estar da comunidade por inteiro e, se um dano é causado, em regra, deve ser reparado. A busca pelo responsável se torna secundária, pois a vítima deve ter o privilégio em relação ao ofensor. “A análise da conduta do

ofensor não é mais calcada na ideia de retribuição – ou punição – do dano causado ilicitamente (daí seu papel subsidiário), mas numa concepção distributiva dos riscos inerentes às atividades socialmente aceitas que ainda sim possibilitam a geração de danos” (Mulholland, 2009, p. 283);

(4) foco na função distributiva da responsabilidade civil, iniciada com a objetivação do seu critério de valoração, mas que ainda mantém situações à margem de alguma reparação, pela impossibilidade de se demonstrar a causalidade entre o dano e a atividade imputada. Essa dificuldade pode advir da impossibilidade probatória e da multiplicidade de fatores potenciais geradores do dano (ex.: causalidade alternativa) (Mulholland, 2009, p. 283-284);

(5) a opção metodológica eleita foi a solidarista, vetor axiológico da presunção de causalidade proposta, classificada como presunção fática, inferida dos eventos que, pela experiência, normalmente ocorrem (CPC, art. 335). A presunção será analisada pelo magistrado por um juízo probabilístico durante a fase de cognição processual, a caracterizar o dever reparatório na potencialidade e na probabilidade de risco em relação ao dano. “O nexo de causalidade será a ligação provável e potencial entre o dano causado e a atividade imputada. (...) Esta prova poderá ser presumida para fins de atribuição da obrigação de indenizar, em favor da vítima” (Mulholland, 2009, p. 284-285);

(6) a presunção de causalidade tem acolhimento jurisprudencial, embora a fundamentação decisória não explicita o processo pelo qual a causalidade jurídica foi apreendida (ex.: STJ – RESP 326.971. 4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado. DJ de 30.09.2002 – responsabilidade pelo resultado mais grave derivada do desdobramento da causalidade; TJRS – Apelação Cível 7003486792. 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Cezar Muller. J. 05.12.2002 – nexo aferido com base em juízo de verossimilhança em responsabilidade por danos em transporte coletivo) (Mulholland, 2009, p. 287-288);

(7) a presunção de causalidade difere da concepção condicionalística de um dano a sua causa (vinculação natural de causa e efeito) e abarca a concepção probabilística, “por meio da classificação da atividade ou conduta como sendo estatisticamente e tipicamente associada ao dano sofrido, levando-se em consideração nesta análise não só o que é observado em situações semelhantes, ordinariamente, mas também o que pode legitimamente esperar-se da execução da

atividade”, cujo grau de probabilidade deve ser próximo da certeza (Mulholland, 2009, p. 289);

(8) das teorias da causalidade, a que mais se adapta a essa ideia de presunção de causalidade proposta é a da causalidade adequada, porque o juízo probabilístico de causalidade é abstrato diante das situações semelhantes ocorridas concretamente. Além disso, a teoria da causalidade adequada indica que o evento danoso “é consequência de determinada conduta ou atividade porque é dela efeito provável, esperado ou razoável, numa análise abstratamente referida. (...) Esta investigação, portanto, só pode ser realizada levando-se em conta dois pressupostos: multiplicidade de casos semelhantes (estatística) e abstração na análise da causalidade” (Mulholland, 2009, p. 292);

(9) a presunção de causalidade pode ter a repartição dos riscos como uma das suas explicações, porque imputa o dever reparatório pela ideia de criação e desenvolvimento de um risco irrazoável ao agente, sendo aplicada nas hipóteses de causalidade múltipla, causalidade disjuntiva e pela teoria da imputação objetiva. A repartição dos riscos fomenta a compensação, a equidade e a prevenção, mormente em relação ao custo social da atividade. Essa análise de custo social passa pela contribuição causal dos fatores de risco, por intermédio de cálculos probabilísticos ou estocásticos e estatísticos, a aproximar a causalidade de uma situação de realidade (Mulholland, 2009, p. 294-296);

(10) a responsabilidade probabilística se baseia (i) na impossibilidade objetiva de prova do nexu causal; (ii) no desenvolvimento de atividade altamente arriscada; (iii) na verificação de dano tipicamente associado à atividade realizada, com a causalidade referindo-se ao liame provável entre a atividade desenvolvida pelo lesante e o correspondente risco de dano à vítima. Esta deve comprovar a existência de dano e do risco criado pelo lesante para a realização do dano, afastando-se da causalidade de fato para apontar a obrigação reparatória na realização da atividade arriscada ou perigosa. Desse modo, o nexu de causalidade se fundaria na qualificação da atividade desenvolvida e considerada arriscada, e o dano sofrido seria consequência desta atividade. A análise da causa passa a ser teleológica e não fatural, com o intuito de fomentar princípios que amparam a presunção de causalidade (Mulholland, 2009, p. 296-297);

(11) a *probabilidade estatística* é o instrumento utilizado para as hipóteses de causalidade indeterminada, especialmente para danos gerados por bens, como aquele

causado pelo medicamento DES. A causalidade presumida, mensurada por uma probabilidade estatisticamente calculada, possibilitou que o dano fosse reparado, com a repartição da responsabilidade proporcionalmente à capacidade que cada fornecedor tinha para gerá-lo (*market share liability*). Nessa linha, devem ser enumeradas todas as condições que contribuíram de alguma maneira para o evento danoso, com o juiz selecionando aquelas que, ao seu entender, normalmente causariam o dano, mesmo com ausência de prova concreta do acontecimento, o que configura a presunção. Num caso em que a vítima está com câncer em decorrência do uso de um medicamento, deve ela comprovar que utilizou o fármaco e que este causa câncer; só assim o magistrado poderá realizar a presunção por meio probabilístico e imputar a responsabilidade ao fabricante. Mesmo que a habitualidade e a danosidade do bem não seja precisa, pode o magistrado presumi-la, caso não haja fato da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior (Mulholland, 2009, p. 298-299);

(12) o percentual estatístico adotado para presumir a causalidade é o percentual maior do que 50% de possibilidades de ocorrência do evento, tendo em vista que deve haver uma regularidade de ocorrências e que, sem a aludida conduta, o dano não se verificaria, o que demanda uma probabilidade alta. Cabe à vítima descrever o evento danoso de maneira correta, e ao magistrado realizar a decomposição da cadeia causal, identificando a causa *sine qua non* do dano, a partir do uso correto da estatística, o que não necessariamente demandará provas periciais muitas vezes (Mulholland, 2009, p. 300-302; Capecchi, 2012, p. 284 e 306);

(13) distingue-se probabilidade da previsibilidade. A previsibilidade contém subjetividade, pois é o julgamento abstrato que cada um faz acerca da ocorrência de um acontecimento; a probabilidade se investiga de maneira abstrata e objetiva, “levando-se em consideração a repetição ou reiteração relevante e estatisticamente comprovada de sua ocorrência”. Dessa maneira, utilizando o parâmetro maior do que 50% de chance de o evento ter acontecido, a causalidade presumida estará caracterizada (Mulholland, 2009, p. 301-302);

(14) após a aferição da causalidade, passa-se à quantificação do dano, por meio da presunção de causalidade, a indicar duas soluções possíveis: a) o lesante responde por todo o dano, independentemente do percentual causal provável; b) a reparação será proporcional ao grau de probabilidade de ocorrência do dano, tendo sido acolhida a segunda opção, por preservar uma ideia equânime e compatível com o percentual de chance de o evento ter sido causado (Mulholland, 2009, p. 303-305);

(15) nos casos de danos em que não exista um conjunto significativo de situações semelhantes para que se faça o cálculo de probabilidade ou nos casos em que os riscos são conhecidos, mas não concretizados, pode-se utilizar a probabilidade lógica, abstrata e indutiva, para afirmar que a provável exploração da atividade tenha sido a causa do dano. A probabilidade lógica-indutiva refere-se ao grau de probabilidade que um evento pode ter, independentemente do número de hipóteses encontradas (Capecchi, 2012, p. 267); a probabilidade estatística retrata o aspecto quantitativo de casos que ensejam danos. A probabilidade lógica dependerá sempre de o magistrado utilizar tal disciplina para aferir a probabilidade de dano, a majorar a discricionariedade judicial, o que não ocorre com a probabilidade estatística, que deve ser o parâmetro para a aferição da causalidade presumida (Mulholland, 2009, p. 306-308);

(16) os requisitos apontados de presunção de causalidade não são cumulativos, devendo, no mínimo, um deles estar presente para que se possa realizar o juízo presuntivo (Mulholland, 2009, p. 308);

(17) dois são os casos em que a presunção causal, baseada na probabilidade estatística, pode ocorrer: a) dano típico como fundamento para a causalidade provável, cuja responsabilidade é valorada pelo critério objetivo, como aquelas inseridas no bojo do parágrafo único do art. 927 do CC, sendo necessário que o dano se ache no âmbito do risco inerente à atividade, admitindo-se a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. Nessa primeira hipótese enquadram-se os danos oriundos de causalidade múltipla ou alternativa, como, por exemplo, o caso do tabaco. A vítima deve provar a existência do dano, a tipicidade do dano, ou seja, que ele advém do tabaco e que ela consumia o produto, a fim de se presumir a causalidade; b) danos de massa e a propagação dos efeitos danosos na coletividade e no tempo, como os danos ambientais, a exemplo de Chernobyl (Mulholland, 2009, p. 309-342).

Saliente-se que os fundamentos e os parâmetros acima colaboram para que a efetivação da presunção de causalidade não seja realizada de forma solipsista e possa, no âmbito de sua incidência, conferir uma maior possibilidade de reparação à vítima. Ressalte-se, contudo, que essa construção e as demais constantes nesta tese, no primeiro e no segundo capítulos, embora muitas vezes se preocupem com a vítima, não a elevam a um patamar prioritário, objeto de averiguação no último capítulo da pesquisa. Esse déficit de proteção se tornará ainda mais grave quando se tem em conta a alteridade como vetor axiológico e a justiça social como finalidade a ser

atingida em nome dessa primeira tutela à vítima, temática abordada no último capítulo desta pesquisa.

PARTE II

A CONSTRUÇÃO DA CATEGORIA JURÍDICO-NORMATIVA DA IMPUTAÇÃO SEM NEXO DE CAUSALIDADE: A FORMAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DANOSA COMO UM ELEMENTO CONSTITUTIVO DA TRAVESSIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA A RESPONSABILIDADE POR DANOS

Quais eventos danosos podem ser imputados ao responsável pela precaução, pela prevenção e pela reparação de danos? Essa indagação que permeia, desde sempre, a responsabilidade civil e consumerista adquire uma densidade problemática sem precedentes na atualidade. Isso porque ao mesmo tempo que a produção de danos é majorada na sociedade contemporânea, questiona-se se os pressupostos que embasam a responsabilidade civil e consumerista são aptos a debelar ou a minorar a danosidade resultante das atividades habituais e onerosas (ou não), desenvolvidas em sociedade pelos sujeitos de direito.

Se negativa a resposta ao questionamento sobredito, torna-se indiscutível a necessidade de se erigir outros institutos para conter esse fluxo produtor e agravador de danos, como se percebe com construções do tipo da responsabilidade pressuposta, da responsabilidade por danos, cujo foco, pelo menos discursivamente, é proteger prioritariamente a vítima. Essa situação de mudança de viés dogmático será recortada, nesta pesquisa, para a ideia de formação da circunstância danosa, especificadamente, relacionando-se aos contornos possíveis que a contemporânea causalidade jurídica pode absorver, com o intuito de ampliar a sua incidência nos casos concretos e, conseqüentemente, a imputação de responsabilidades a quem de direito.

O roteiro dessa travessia terá três momentos: (i) tratar o tema a partir da ideia de responsabilidade por danos; (ii) construir a formação da circunstância danosa tendo por eixo ético a alteridade e por objetivo a efetivação da justiça social; (iii) erigir os pressupostos dogmáticos da categoria formação da circunstância danosa, a

fim de que a vítima seja aposta em uma planura de primazia, para concretizar os princípios da precaução, da prevenção e da reparação de danos. Essas são as questões fundamentais a ser delineadas nos itens que se seguem.

3. A FORMAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DANOSA COMO UM ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS: ALTERIDADE E JUSTIÇA SOCIAL COMO PRESSUPOSTO ÉTICO-JURÍDICO E FINALIDADE PARA A PRIORITÁRIA TUTELA DA VÍTIMA

Duas reflexões emergiram ao final da primeira parte desta tese, que geram a indagação a permear este segundo momento da pesquisa: (i) o nexo de causalidade como construído pela responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea impossibilita, em uma expressiva quantidade de casos, imputar responsabilidade àquele(s) que deve(m) responder pelos danos causados; (ii) os avanços científicos demonstram a impossibilidade de se precisar a causa e o efeito das relações entre eventos danosos e os danos, a surgir a probabilidade como forma de conhecimento possível sobre a relação causal.

Dessa maneira, o critério para se atribuir o nexo de causalidade se concretiza pela situação "mais provável que improvável", e isso enseja uma responsabilidade "proporcional", com o responsável reparando os danos na proporção do aumento do risco do dano que ocorreu. Isso pode não resultar na primazia da vítima e afastar a sua tutela em uma grande quantidade de eventos danosos ocorrentes na sociedade atual.

A insuficiência das construções retrocitadas para a imputação da responsabilidade por danos no direito civil e consumerista brasileiros não faculta uma travessia da responsabilidade civil para a responsabilidade por danos, a erigir uma categoria jurídica normativa, de matriz complexa, que abarque a imputação sem nexo de causalidade, previsível ou altamente provável, pela responsabilidade por danos.

Essa construção pode ser denominada de formação da circunstância danosa, e pode auxiliar na interface do direito abstrato com a realidade concreta, a fim de densificar os direitos fundamentais e os pilares hermenêuticos de uma sociedade mais justa e igualitária, tendo em vista que conecta diversos matizes teóricos que sustentam uma perspectiva de uma responsabilidade por danos que possa melhor responder aos questionamentos postos pela sociedade hodierna.

A explicação é necessária pelo fato de os modelos moderno e contemporâneo da responsabilidade civil e consumerista utilizarem pressupostos geradores de determinadas respostas atinentes ao período moderno, mas aplicados em casos concretos contemporâneos, a ensejar um descompasso entre o problema da precaução, da prevenção e da reparação dos danos no Brasil e a resposta apresentada por tais construções, principalmente no que toca à temática da causalidade entre o fato danoso e o dano e a consequente imputação dessa responsabilidade a alguém. É nessa esteira que a segunda parte desta tese visa propor uma categoria jurídica centrada na alteridade, na justiça social e em uma causalidade complexa, apontando, de modo dialógico, caminhos de identificação dessa perspectiva.

Principia por demonstrar as premissas fundantes da responsabilidade por danos, passando à demonstração de como a alteridade e a justiça social podem conferir fundamento e diretriz axiológica para a formação da circunstância danosa, examinando cada um dos elementos que a compõem. Em seguida, apresenta-se proposição aberta de construção de critérios de aferição do instituto, sem pretender um exaurimento de suas hipóteses e, tampouco, da definição completa de um método rígido.

Na parte final são formuladas hipóteses exemplificativas em que se buscará apresentar como a formação da circunstância danosa pode constituir um elemento compreensivo da causalidade complexa, a conferir uma prioritária tutela à vítima que sofre danos diuturnamente no país.

3.1 A RESPONSABILIDADE POR DANOS: O POTENCIAL, O CONCRETO E A VÍTIMA

“[...] un capitalismo muchas veces cruel, con fuerte presencia de monopolios y oligopolios; con empresas transnacionales muy poderosas que se infiltran y presionan a favor de una <<lex mercatoria>> que reemplace al Derecho del Estado: con una Economía de Mercado donde impera <<el dejar hacer y dejar pasar>>; con una preocupación intensa por el aumento de los beneficios y la reducción de los costos, que se busca traducir en la <<socialización>> de los daños; con una <<lógica de Mercado>> que ubica a los consumidores como <<soberanos>>, atentos, informados e ilustrados; con una intencionada vuelta a la contemplación del <<accidente>> como fatalidad, etc”.

Jorge Mosset Iturraspe

As construções teórico-práticas erigidas para o instituto da responsabilidade civil e consumerista visam sempre encontrar um critério suficiente para efetivar uma reparação adequada aos danos produzidos em sociedade, normalmente procurando “a restauração de uma igualdade destruída; qualquer que seja o fundamento que se lhe dê – culpa ou risco – é a um resultado igualitário que se objetiva” (Villela, 1991, p. 490).

Ocorre que a responsabilidade civil e a consumerista, moderna e contemporânea, são colocadas em xeque, diante da não contenção da expansão desordenada dos danos de toda ordem, muito pelos motivos denunciados por ITURRASPE, o que dificulta a restauração da igualdade objetivada pelo instituto. Amplifica-se essa situação pelos adjetivos que marcam as características da sociedade atual, cujos emblemas são o risco, a massificação, a superficialidade, a vigilância, a cibernética, o hiperconsumo, a globalização e, por que não, os danos.

Diante disso, a literatura jurídica tem procurado planejar categorias jurídicas com o fito de minorar essa profusão danosa e de tutelar de maneira prioritária a vítima, podendo-se, de maneira exemplificativa, dividi-las em três perspectivas: (i) a responsabilidade civil e consumerista; (ii) a responsabilidade pressuposta; (iii) a responsabilidade por danos.

É inadiável, dessa forma, analisar essas diferentes edificações teóricas, não sem antes refletir sobre a dúvida aposta por LUIZ EDSON FACHIN acerca da construção

de institutos e de categorias jurídicas: “se o passo à frente que se esboça é uma mudança efetiva ou tão só a última fronteira de um sistema moribundo que agoniza, mas ainda não esgotou” (Fachin, 2012, p. 22).

Sem olvidar a preocupação retrocitada, inicia-se a análise do referido cenário pelas premissas que cercam a responsabilidade civil e a consumerista. Estas podem ser entendidas como uma forma de moralização jurídica da autonomia privada com a análise subjetiva da conduta do lesante. Noutros termos, um juízo de valor reprovativo, possibilitador do dever reparatório, a ser imputado ao lesante e (ou) ao responsável que praticou uma conduta omissiva ou comissiva, com ou sem culpa, lícita ou ilícita, ofensora de um preexistente dever e/ou obrigação legal (ou não) de não lesar outrem.

Do sentido atribuído à responsabilidade civil e à consumerista emergem traços que caracterizam os institutos e dão mostras dos seus limites e das suas possibilidades em proferir uma tutela de primazia da vítima:

a) foco na conduta do ofensor, uma vez que o comportamento do lesante é colocado em uma posição de destaque para fins de análise da causalidade e da mensuração da reparação dos danos praticados pelo responsável, como se verifica com a ideia do fortuito externo. Outro exemplo dessa prevalência da conduta do ofensor é inferido da dicção do art. 944, parágrafo único, do CC, em que a reparação da vítima pode ser reduzida equitativamente se houver excessiva desproporção entre o grau de culpa do ofensor e os danos por ela sofridos (ver, sobre o tema, Bandeira, 2012).

Esse dispositivo alça a patamar prioritário não a vítima, mas o lesante, sob o argumento de se evitar possível enriquecimento sem causa à parte lesada. Como reduzir a reparação sem que a vítima tenha concorrido para a ocorrência do dano, independentemente de a responsabilidade ser valorada pelo critério subjetivo, pelo critério objetivo e pelo sacrifício? Essa hipótese é mais uma comprovação de que a vítima não é priorizada por mecanismos constitutivos da responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea;

b) a ética da liberdade, com a liberdade sendo utilizada de maneira utilitarista, a partir de análises comportamentais baseadas no voluntarismo ou no personalismo ético, a viabilizar, por exemplo, a opção pela eficiência econômica em detrimento de outros valores existenciais, como a dignidade da pessoa humana. Isso causa diversos efeitos sociais perniciosos (ver, sobre o assunto, Fachin, 2012, p. 22; Pianovski Ruzyk,

2006).

O emblemático caso do Ford Pinto pode ser destacado. O Ford Pinto foi um veículo utilitário fabricado pela montadora Ford nos Estados Unidos em 1981, porém o automóvel explodia a cada colisão sofrida em sua traseira, pois a montadora não instalou no automóvel um dispositivo de segurança que impedisse tal evento danoso. Isso porque, exercendo a ética da liberdade sob um viés utilitarista, a montadora fez o exercício contábil de avaliar o que é menos oneroso economicamente: instalar o dispositivo de segurança no tanque de combustível de cada automóvel fabricado ao custo unitário de onze dólares (estima-se que a produção foi de doze milhões e meio de veículos fabricados) ou reparar as vítimas que sofram danos decorrentes de cada acidente, estimando-se um custo de 200 mil dólares em caso de morte e de 97 mil dólares quando não houver acidente mortal. A média anual de acidentes nas duas hipóteses é de 180 mil sinistros).

Obviamente que a escolha foi pela lesão aos consumidores, tendo a fabricante sido condenada em quase três milhões de dólares, inclusive com reparação punitiva (ver Represas, 2012; Sandel, 2011). Esse comportamento se replica diuturnamente na sociedade atual, sendo, diversas vezes, mais econômico lesar a deixar de lesar, porque, em várias situações, nem condenação ocorre, como se viu, por exemplo, nas hipóteses de assalto a ônibus, em que os tribunais também entendem ser caso de fortuito externo.

O que dizer então do contumaz comportamento lesivo de fornecedores que, diuturnamente, realizam pedidos de inscrição indevida dos nomes da pessoa humana ou da denominação social da pessoa jurídica em órgãos de restrição ao crédito, entre outros motivos? Essas práticas reiteradas corroboram a manutenção da difusão danosa em sociedade, o que é extremamente pernicioso, laborando para a permanente invisibilidade do Outro;

c) relevância da fase patológica, aquela que acontece após a ocorrência do dano, conferindo-se destaque marginal aos princípios de precaução e de prevenção, exceção feita ao direito ambiental (ex.: Morato Leite; Ayala, 2010, p. 49), haja vista, por exemplo, que não há nenhum dispositivo explícito no CC, no CPC e no CDC que trate da precaução, embora o art. 6º, VI, do CDC abarque a prevenção. Isso não obsta, contudo, que se utilizem tutelas inibitórias para tal mister (CDC, art. 84 e CPC, art. 461), mas o silêncio legislativo indica muito sobre como não se valorizam, como se deveria, situações relacionadas à prevenção e à precaução de danos;

d) causalidade jurídica aferida pela previsibilidade (teorias do nexo causal) presumida, comprovada, previsível ou com probabilidade alta, como destacado nos dois primeiros capítulos da tese;

e) responsabilidade somente com dano certo, atual, e às vezes futuro, sendo afastada a reparabilidade pelo dano hipotético (ex.: STJ – AR 4.294. 1ª Seção. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJ-e de 1.10.2009) e pelo dano potencial (ex.: STJ – ARESP 262.239. 3ª Turma. Rel. Min. Sidney Beneti. DJ-e de 21.2.2013);

f) responsabilidade valorada pelos critérios subjetivo (culpa subjetiva, culpa objetiva e dolo), objetivo (risco, equidade e segurança) e pelo sacrifício (responsabilidade por fato lícito), sendo certo que sempre se pressupõe voluntariedade das partes envolvidas ou a conduta normativa baseada no personalismo ético (ver sobre personalismo ético, por todos, Vita Neto, 2007, p. 98-112; Azevedo, 2008, p. 19-31). Fomenta-se, destarte, a justiça comutativa e, no máximo, a justiça distributiva, visto que não há por essas características o saneamento das desigualdades concretas em cada caso, papel exercido pela justiça social.

Como se percebe, a responsabilidade civil e a consumerista se inclinam para a manutenção do *status quo*, com a proteção da titularidade proprietária do lesante, por meio de reparações monetariamente irrisórias para danos ultrajantes. Exemplo disso foi a decisão do STJ em reduzir o valor da reparação de 50 mil reais para 15 mil reais, devido à vítima que, ao doar sangue no banco de sangue, recebeu a notícia do laboratório de que tinha contraído o vírus HIV, o que não era vero, pois o exame estava com o resultado errado, ou seja, a vítima não tinha contraído o vírus HIV (STJ – RESP 1.071.969. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ-e de 1.3.2010).

Outros exemplos são extraídos: a aplicação equivocada do instituto do fortuito externo para casos em que não deveria incidir (ex.: assalto em ônibus não gera a responsabilização da transportadora – STJ – RESP 1.351.784. 4ª Turma. Rel. Min. Raul Araújo. DJ-e de 20.3.2013); a manutenção da responsabilização valorada pela culpa e pelo dolo, claros obstáculos ao dever de reparar (ver, por todos, crítica à culpa na responsabilidade contratual – Catalan, 2013); insistência pela análise da causalidade previsível ou com alta probabilidade, mesmo de forma presumida, até mesmo no direito ambiental (ex.: Morato Leite; Ayala, 2010, p. 184), entre outras hipóteses.

Diante dessas características afirma-se que as responsabilidades civil e

consumerista favorecem a lógica de mercado (ex.: processo de securitização social e privada dos danos como resposta ao problema da difusão de lesões), amparando-se em ideários trazidos por análises econômicas do direito e por outros mecanismos teóricos que imperam e tratam as vítimas como “soberanas”, ciosas e informadas, a retomar uma intencional contemplação do acidente como fatalidade, como denunciado por ITURRASPE.

O STJ considerou uma fatalidade, com descarte do princípio da primazia da vítima, a morte de pessoas metralhadas por um estudante de medicina no interior de um cinema situado em um *shopping center* de São Paulo. A família de uma das vítimas teve o direito reparatório afastado pelo tribunal por haver, no caso, o denominado fortuito externo – pois não “existia conexão entre o evento morte e a atividade desenvolvida pelo *shopping* e pelo cinema” (STJ – RESP 1.164.889. 4ª Turma. Rel. Des. Convocado Honildo Amaral de Mello Castro. DJ-e de 19.11.2010).

As características e os citados pressupostos da responsabilidade civil e consumerista, por conseguinte, traduzem a presentificação do pretérito, no que tange às respostas conferidas pela responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea às vítimas, como se extrai dos arts. 402, 186, 927, parágrafo único, e 944, do CC e do art. 14, § 4º, do CDC. Esses enunciados normativos estão extremamente irmanados ao econômico, à mecanicidade, certeza, segurança formal, patrimonialidade e tutela do lesante.

A rigor, a responsabilidade civil e a consumerista pela configuração de seus institutos obstaculizam a prioritária tutela da vítima (Aronne, 2010, p. 76-93). Esses aspectos derivados da responsabilidade civil e consumerista parecem preservar um constante estado de exceção, que normaliza a patologia gestada e gerada pela aplicação das mencionadas premissas, mantenedoras do *status quo*, explicitadas pela seguinte frase: “mais liberdade e menos responsabilidade, ou mais lesão e menos precaução, prevenção e reparação”.

Essas e outras razões levaram GISELDA HIRONAKA a construir, em sua tese de livre-docência na Universidade de São Paulo (USP), a ideia de *responsabilidade pressuposta*. O objetivo dessa proposta era traçar um padrão de fundamentação, uma tábua de pressupostos ou um denominador comum para a responsabilidade civil que fosse capaz de se expressar “como fonte ou matriz, como fundamento ou causa, do eterno dever de indenizar o dano que alguém venha de sofrer” (Hironaka, 2006, v. 5, p. 215).

Um dos arcabouços teóricos que permeiam a responsabilidade pressuposta é o padrão comum desenvolvido por GENVIÈVE SCHAMPS, jurista belga, denominado de *mise en danger* – comportamento que coloca alguém ou algo em situação de perigo ou de risco, com a passagem de um estado sem perigo ou sem risco a outro perigoso ou arriscado. Dessa maneira, a jurista belga visa aferir a existência (ou não) desse padrão em específicas situações que colocam as pessoas submetidas a determinado risco, “desnudando e fragilizando as vertentes da exclusão de responsabilidades e buscando apresentar, isso sim, os responsáveis pela ocorrência de danos absolutamente ressarcíveis” (Hironaka, 2006, v. 5, p. 215-216).

Com isso, mecanismos como o seguro direto, a previdência social ou a responsabilidade sem culpa podem melhorar a reparação das vítimas de *mise en danger*. Em vez de apresentar as vantagens e desvantagens de cada mecanismo, procurou-se indicar um conceito de *mise en danger* justificador da responsabilidade civil e derogador do direito comum. Nessa linha, os danos e os riscos derivados do progresso da ciência e da tecnologia viabilizaram uma melhor proteção da vida humana, valor essencial prevalente sobre a liberdade individual, a fortalecer “o papel de prevenção e de compensação dos danos, mais que sobre aquele da sanção de um comportamento, em um contexto de generalização de seguro” (Hironaka, 2006, v. 5, p. 216).

Diante disso, a identificação da *mise en danger* como elemento constitutivo de uma atividade perigosa passa pela estipulação de um critério que servirá de padrão caracterizador das circunstâncias prejudiciais justificadoras da imputação de um dever de reparar. Diligencia-se ir além do sistema subjetivo e do sistema de prefixações objetivas de responsabilidades, tendo em vista “a impossibilidade de se eliminar, em todas as hipóteses consideradas, o perigo, por meio da adoção das medidas de precaução razoáveis” (Hironaka, 2006, v. 5, p. 216).

Nesse passo, o critério geral de fundamentação do regime objetivo de responsabilidade civil, para além das hipóteses legais, pode, de forma mais eficiente, tutelar os direitos das vítimas de danos por estar fundado em princípios constitucionais como o da *solidariedade social* e da *dignidade humana*. Esse “autocritério de justificação da responsabilização civil na contemporaneidade” tem por base de identificação o art. 2.050 do CC italiano: “qualquer um que causa um dano a outrem no desempenho de uma atividade perigosa por sua natureza, ou pela natureza dos meios adotados, deve repará-lo, se não provar ter adotado todas as

medidas adequadas para evitá-lo” (Hironaka, 2006, v. 5, p. 217).

Não obstante o debate travado no direito italiano acerca da extensão do art. 2.050 do CC italiano, correspondente ao parágrafo único do art. 927 do CC, para outras hipóteses é possível afirmar ser a exposição ao perigo um razoável critério geral de justificação do dever de reparar, cujo objetivo é diminuir a ocorrência de dano e não o de evitar todo e qualquer perigo. Essa evitabilidade do dano, segundo HIRONAKA, reduz o seu custo social, “seja por meio da adoção de medidas de prevenção, ou seja porque alguém responderá por ele, por força de uma *responsabilidade pressuposta*, fundada num *critério-padrão de imputação*” (Hironaka, 2006, v. 5, p. 218).

A premissa, por conseguinte, da responsabilidade pressuposta é priorizar a tutela da vítima em detrimento daquela conferida ao demandado, por meio de um mecanismo ensejador de uma responsabilização sem culpa, em que “a exposição ao risco pudesse representar algo além da mera identificação causal do dano reparável”, “elevado à categoria de *règle à valeur d’ordonnancement juridique*”. Nessa senda, como fez o legislador suíço, a responsabilidade pressuposta procura introduzir um princípio geral de responsabilização sem culpa derivada de uma *mise en danger otimizada* por um *risco qualificado* advindo de uma periculosidade contida em certa atividade. Essa periculosidade, de *per se*, é suficiente para interditar uma prática, porém baseando-se em uma função social inerente ao desempenho da atividade, esta é autorizada e gera a imputação de responsabilidade sem culpa ao seu responsável pelos danos causados (Hironaka, 2006, v. 5, p. 219-220).

A delimitação, portanto, da responsabilidade pressuposta abarcaria os seguintes critérios:

1) *risco caracterizado* (fator qualitativo): é a *potencialidade*, contida na atividade, de se realizar um dano de *grave intensidade*, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) *atividade especificamente perigosa* (fator quantitativo): subdivide-se em: a) *probabilidade elevada*: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) *intensidade elevada*: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de certa atividade (as subespécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecer juntas; não obrigatoriamente).

Portanto, e a partir desta súmula do que se idealiza quanto a uma *mise en danger*, provavelmente seria possível retratar o critério buscado para lhe conferir o *status* de uma *règle de valeur*, da seguinte maneira: 1) este critério deve descrever a potencialidade perigosa das atividades que podem ensejar a responsabilização pelo viés da *mise en danger*; 2) não deve ser taxativo ou

enumerativo, para não fechar as portas para futuros danos, ainda não conhecidos; 3) não deve ser tão elástico que acabe por suportar (ou por deixar entrar) variáveis que não se encaixem na verdadeira potencialidade perigosa de uma atividade; 4) estabelecido o nexo causal (dano x atividade perigosa), o executor da atividade é considerado o responsável pela reparação (*tout court*); 5) essa responsabilidade civil deve ter como finalidade exclusivamente a reparação da vítima, sem qualquer abertura à exoneração dos responsáveis, em face de provas liberatórias (assemelhadas às contraprovas, nas presunções *juris tantum*); 6) não deve admitir excludente de responsabilidade; 7) pode, eventualmente, admitir o regresso (ação de regresso), mas que se dará pelas provas que o demandado possa fazer nessa outra ação, e que demonstrariam a culpa de outrem, contra o qual regressaria (Hironaka, 2006, v. 5, p. 220-221).

A interessante proposta da responsabilização pressuposta foi acolhida por parcela da literatura jurídica brasileira, indicando que “a responsabilidade jurídica – e aquiliana! – nem sempre é um *posterius* em relação a um ato, mas pode vir antes, ser *prius*, uma ‘responsabilidade pressuposta’”. E a autora tem razão, pois se entende que “toda responsabilidade, no campo civil, quer negocial, quer extranegocial, é anterior ao fato danoso; somente este a concretiza. A responsabilidade é pressuposta” (Azevedo, 2005, p. XVIII).

A efetivação da responsabilidade pressuposta teria o condão de modificar o sentido atribuído à responsabilidade civil e à consumerista, que deixariam de ser deveres sucessivos de reparação pela violação a um dever prévio para se tornarem deveres anteriores ao fato danoso, que apenas os concretizariam. A responsabilidade civil e a consumerista se tornariam desvalores do resultado e não da conduta ou da atividade do responsável, que saberia de antemão se violou a prevenção lesiva, devendo então arcar com a reparação dos danos.

Pode-se sustentar que a responsabilidade pressuposta está ancorada, dentre outros, no princípio da equidade, fator que contrabalanceia os direitos e os deveres das vítimas e dos lesantes, com os danos reparáveis ou injustos sendo reparados quando não se puder preveni-los. A correção dessa assertiva se evidencia por a culpa e o risco servirem como critérios de imputação de responsabilidades e de determinação do valor reparatório; mas “não sustentam adequadamente a dignidade da pessoa humana e a *causalidade naturalística*; além de padecerem do mesmo vício, não atendem às finalidades do Direito, excluindo a reparação de uma série de tragédias injustificáveis e susceptíveis de prevenção” (Herkenhoff, 2006, v. 5, p. 397-398).

Outra reflexão que pode ser alinhavada ao tema é a amplitude que pode ser conferida à *mise en danger*, baseada no art. 2.050 do CC italiano. Ela poderia abarcar

as situações tuteladas pelo sistema subjetivo de valoração da responsabilidade (para aqueles que ainda nele acreditam), de forma presumida (ou não), bem como o sistema objetivo de valoração da responsabilidade em casos específicos (ex.: dano ambiental e dano nuclear) e os casos de responsabilidade valorada pelo sacrifício, uma vez que o dispositivo do CC italiano não trata especificamente de atividades de risco, mas de exposição de periculosidade.

Ocorre que, diante da ausência de critério para delimitar o conteúdo de sentido do que seja periculosidade, diversas situações podem ser mantidas à margem de uma adequada tutela à vítima, tendo a tese da responsabilidade pressuposta sofrido resistências quanto a sua aplicação, a saber: a) a ausência de prova acerca da periculosidade (ou não) da atividade; b) a existência de atividades legalmente tipificadas como perigosas afasta todas as outras que não o sejam, salvo se o rol das referidas atividades for considerado exemplificativo; c) “se a lei apenas se refere genericamente à periculosidade, ou a prova do risco fica inviabilizada, ou se admite sua apreciação *ex post facto*, e não *ex ante*, com seria desejável (no primeiro caso, a vítima não será compensada; no segundo, a periculosidade será quase inafastável pelo simples fato de se haver configurado o fato lesivo)”; d) a previsão genérica de periculosidade possibilitaria que somente o risco ao bem gerasse o dever de reparar, excluindo-se qualquer reparação pelo risco do desenvolvimento, porque responsabilizar o agente por tal risco seria desestimular o desenvolvimento científico e tecnológico; e) limitar o dever de reparar por danos oriundos do risco excepcional “em virtude de sua dimensão exagerada e/ou de sua probabilidade em grau muito superior ao normal” (ver, sobre o assunto, Herkenhoff, 2006, v. 5, p. 403-404). Todas essas hipóteses afastariam a incidência da *mise en danger* e transfeririam os ônus da atividade para a vítima e para a sociedade.

É possível aduzir que o art. 927, parágrafo único, do CC acolhe a ideia de responsabilidade pressuposta, como se infere da sua redação, bem semelhante àquela do art. 2.050 do CC italiano: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Essas nuances indicam que a responsabilidade pressuposta avança em diversos pontos, mas sofre natural limitação por conta das premissas que a embasam, sendo relevante destacar:

a) pode se tornar um critério eficiente e adequado para a responsabilização valorada pelo critério objetivo e pelo sacrifício, desde que a atividade tenha um *risco caracterizado* ou *qualificado* – potencialidade contida na atividade que não pode ser inteiramente eliminada, mesmo diante de toda diligência razoável e possível, e que possibilita um dano de grave intensidade; e seja *especificamente perigosa*, a partir de uma probabilidade elevada acerca da inevitabilidade do risco, mesmo que houvesse uma diligência razoável, bem como de uma intensidade alta de ocorrências danosas derivadas dessa atividade. É válida a construção de que a responsabilidade pressuposta deve ter como finalidade exclusivamente a reparação da vítima, sem nenhuma abertura à exoneração dos responsáveis, em face de provas liberatórias (assemelhadas às contraprovas, nas presunções *juris tantum*);

b) O rol de atividades perigosas para o enquadramento das hipóteses da responsabilidade pressuposta deve ser exemplificativo, para não se obstar o enquadramento de situações futuras, como a de responsabilidade pressuposta;

c) a ideia de pressuposição de responsabilidade pelo princípio de prevenção ao dano deve ser estendida para qualquer caso de responsabilização civil e consumerista, extensível às demais disciplinas jurídicas, assim como incluir o princípio da precaução no âmbito da pressuposição de responsabilidade;

d) a qualificação do risco, como apontado, limita o âmbito de incidência do instituto, uma vez que nos casos em que ele não esteja presente, os efeitos da pressuposição não poderão ser efetivados em um caso concreto;

e) a ideia de nexo causal para fins de estabelecimento da vinculação entre o dano e a atividade perigosa parece estar lastreada em concepções de previsibilidade e, no máximo, de probabilidade alta, a excluir diversas situações no campo de incidência do instituto. Pode-se enquadrar a responsabilidade pressuposta como uma hipótese de presunção de responsabilidade;

f) afastar do âmbito de reparação os danos absolutamente inevitáveis (Hironaka, 2005, p. 350) alarga a irreparação de danos, pois nem todos os danos absolutamente inevitáveis devem ficar excluídos de eventual reparação, por exemplo, aqueles decorrentes dos tornados nos Estados Unidos. São danos inevitáveis, mas não irreparáveis;

g) a eventual demanda de regresso, cuja possibilidade se perfaz pelas provas que o demandado possa fazer nessa causa regressiva e pela demonstração da culpa de outrem, contra o qual o responsável regressaria, retoma a ideia de culpabilidade, pouco consentânea aos reclamos da vigente sociedade.

Os pontos positivos trazidos pela responsabilidade pressuposta denotam a tendência a um possível enfraquecimento do paradigma da responsabilidade civil e consumerista – indiscutivelmente majoritário no sistema romano-germânico e no anglo-saxão. A apreensão dos referidos pontos permite o soerguimento da denominada responsabilidade por danos, conhecida em alguns países como “direito de danos”, muitas vezes com o sentido idêntico ao de responsabilidade civil, como ocorre no direito espanhol e brasileiro (ex.: Díaz, 2008; Altheim, 2008a). Excetua-se, talvez, parcela do direito argentino e brasileiro (ex. Bueres, 2001; Represas; Mesa, 2004, v. 1, p. 57-60; Ehrhardt Júnior, 2012a; Catalan, 2013, p. 17-97; em sentido um pouco diverso para a nomenclatura direito de danos, Levy, 2012).

Nesta tese se utilizará a nomenclatura responsabilidade por danos, sendo importante identificar a elasticidade conferida ao significante dano por essa construção teórica, a fim de objetivar o resultado para a aferição da causalidade jurídica possibilitadora da imputação de responsabilidade pela não precaução, pela não prevenção e pela reparação.

Partindo-se da ideia de dano de ALBERTO BUERES – interesse jurídico (*lato sensu*) lesionado (Bueres, 2001a, p. 426) – entende-se dano como qualquer lesão, potencial e (ou) concreta, a direito, interesse e (ou) dever, caso ainda se entenda que existe diferença entre os significantes interesse e direito, que não é a opção acolhida nesta tese, em razão da equiparação de conteúdo e de efeitos entre os mencionados termos, como indicado pelo art. 81 do CDC (sobre a não distinção entre direito e interesse, Tartuce; Neves, 2013, p. 572-575).

Ante o sentido atribuído ao significante dano, é possível falar de responsabilidade com e sem dano? Essa discussão foi levada a efeito no Encontro, nos dias 1, 2 e 3 de maio de 2013, ocorrido na Faculdade de Direito de Recife, dos Grupos de Pesquisa em direito civil constitucional da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE – coordenador PAULO LUIZ NETTO LÔBO), da Universidade Federal do Paraná (UFPR – coordenador LUIZ EDSON FACHIN) e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ – coordenador GUSTAVO TEPEDINO). Esse encontro

tinha por escopo congregar pesquisadores dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* das mencionadas universidades, para dialogar acerca da Ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Também participaram do evento representantes da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Como dito, um dos pontos debatidos e que se encontra na Carta de Recife, documento haurido das reflexões apresentadas pelos pesquisadores no citado encontro, foi justamente a preocupação com essa situação de responsabilidade com e sem dano, como consta do seguinte trecho da aludida Carta: “A análise crítica do dano na contemporaneidade impõe caminho de reflexão sobre a eventual possibilidade de se cogitar da responsabilidade sem dano”.

No âmbito dessas inquietações, a literatura jurídica tem desenvolvido a ideia de responsabilidade sem dano para as hipóteses de dano ambiental futuro – danos às futuras gerações –, partindo da ideia de pena privada, que abarca as situações de reparação e de punição (sobre pena privada no direito civil, ver Tepedino; Schreiber, 2006, p. 499-525; Gallo, 1996; Rosenvald, 2013; Lourenço, 2006).

Desse modo, a tutela punitiva ou pedagógica de determinados interesses ou direitos estaria no âmbito da precaução e da prevenção, com a tutela reparatória incidindo nas demais hipóteses, independentemente da presença da culpa para configurar a ilicitude (Carvalho, 2008, p. 146). A pena privada, por conseguinte, pode ser aplicada para quatro situações na responsabilidade civil e consumerista: a) comportamento lesivo que atinge um direito sem que haja um dano patrimonial; b) lucratividade por parte do lesante com a produção do dano (lucro ilícito ou *disgorgement*), a tornar insuficiente a função reparatória da responsabilidade civil e consumerista; c) custo social advindo do ilícito é superior aos danos individuais, ante a natureza difusa desse custo; d) microlesões (Sinde Monteiro, 2011, p. 186), cuja sanção criminal seria excessiva (Gallo, 1996, p. 14).

A responsabilidade sem dano atual e concreto no direito ambiental poderia ser encaixada nos casos em que o “ilícito estabeleceu um custo social em decorrência direta de sua transtemporalidade e de sua dimensão difusa”, ou seja, “sempre que houvesse a produção de um dano (art. 14, § 1º, Lei n.º 6.938/81) ou a produção de riscos ambientais intoleráveis (arts. 225 da CF e 187 da Lei n.º 10.406/2002)”

(Carvalho, 2008, p. 147).

Diante disso, o dano ambiental futuro é uma “verdadeira fonte de obrigação civil, que resulta em tutela diversa da mera indenização ou reparação, atuando por meio de imposição de medidas preventivas (de caráter inibitório ou mesmo mandamental)”. Nesse passo, a responsabilidade sem dano se enquadra nos casos de ausência de dano concreto e atual, mas presente a alta potencialidade provável de ocorrência do dano derivado dos riscos intoleráveis de determinada atividade (ex.: Lei n.º 7.347/85, art. 3º) (Carvalho, 2008, p. 150-151).

Os tribunais têm acolhido a responsabilização pelo dano ambiental futuro: TJRN – Agravo de Instrumento n.º 01.002842-0. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Rafael Godeiro. J. 20.6.2002; TJRJ – Agravo de Instrumento 1996.002.05160. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ronald Valladares. J. 10.2.1998; TJRS – Apelação Cível 70012622171. 2ª Câmara Cível. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. J. 22.11.2006; TRF 4ª Região – AGA Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 77.201. 3ª Turma. Rel.ª Juíza Luiza Dias Cassales. DJU de 30.5.2001; TJRJ – Apelação Cível 1999.001.19840. 18ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Luiz Habib. J. 14.3.2000; TJSC – Apelação Cível 1998.001.19840. 6ª Câmara Cível. Rel. Luiz Cezar Medeiros. J. 1.4.2002.

Ressalte-se, porém, que no próprio direito ambiental é possível, nas hipóteses de multicausalidade e de pluralidade de responsáveis, atenuar o nexo causal e imputar responsabilidades, “bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade” (Morato Leite; Ayala, 2010, p. 184).

Desse modo, a tutela dessa potencialidade danosa inclui o *risco abstrato*, porque, a partir do século XX, majorou-se a falta de conhecimento científico adequado acerca do catálogo de riscos públicos e perceptíveis, a inviabilizar o cálculo profícuo da extensão desses riscos. Essa evolução social, informacional e tecnológica influencia a teoria do risco, não mais aplicada exclusivamente para os danos atuais, concretos, previsíveis e prováveis, mas também para aqueles invisíveis e imprevisíveis ao conhecimento humano. O que há é a “probabilidade de o risco existir via verossimilhança e evidência, mesmo não detendo o ser humano a capacidade perfeita de compreender este fenômeno” (Morato Leite; Ayala, 2010, p. 114-115).

À vista do exposto e respeitando entendimentos diversos, afirma-se que não há necessidade de se tratar o tema como responsabilidade sem danos, já que a responsabilidade por danos é pressuposta, no sentido de ser anterior à concretização

do dano, e açambarca os danos potenciais, visíveis, invisíveis, previsíveis, prováveis e improváveis, concretos e atuais, conferindo a cada um deles uma adequada tutela – de precaução, de prevenção (ex.: CDC, art. 84; CPC, art. 461) e (ou) de reparação.

Isso porque o dano, os riscos, os perigos e as imprevisibilidades potenciais e concretas impactam nos direitos e nos deveres das pessoas de maneira individual, individual homogênea, coletiva e difusa, não apenas no direito ambiental, mas também no direito civil e no direito do consumidor, entendimento extensível a outras disciplinas jurídicas. Exemplo disso pode ser extraído do caso em que um proprietário pretende construir a estrutura do seu imóvel com amianto. O projeto de construção executável ou em execução, pela ideia de responsabilidade por danos aqui construída, autoriza tutela de precaução ou de prevenção de quem vier a sofrer danos potenciais e concretos por tal projeto arquitetônico, a ensejar as tutelas de precaução, de prevenção e de reparação pelos danos potencial e (ou) concreto à saúde e ao meio ambiente, respectivamente, advindos do projeto arquitetônico.

Atribuído o sentido ao instituto responsabilidade por danos, passa-se ao exame dos demais aspectos relacionados ao instituto, visando a objetivação do resultado para aferir os danos que devem ser precavidos, prevenidos e reparados, com foco na tutela prioritária da vítima e amparo na ética da alteridade e na justiça social. Nessa senda, as respostas conferidas pelo instituto moderno e contemporâneo da responsabilidade civil e consumerista e a força constitutiva dos fatos jurídicos elucidam uma inadequação do citado modelo, a indicar seis perspectivas possíveis para o acolhimento da ideia da responsabilidade por danos: (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pelo liame da vítima; (v) prioridade na precaução e na prevenção e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.

Esses horizontes permitem responsabilizar o lesante ou o responsável a partir da comprovação dúctil do liame com o dano e com a vítima, ou com o evento danoso e com o ofensor, a privilegiar, material e processualmente, a precaução e a prevenção, e a qualificar a reparação. Priorizam-se aqui a necessária evitabilidade, o controle, a legitimação e a distribuição dos fatores abstratos ou concretos criados por atividades, no mínimo, potencialmente causadoras de danos (ex.: fabricantes de medicamentos), não podendo as vítimas, em regra, ficar indenidas.

As referidas perspectivas acompanham uma ideia apregoada por **EDGAR MORIN** (2011) de se repensar a reforma e de reformar o pensamento, que trazida para a presente tese, auxilia o repensar do tema/problema/tese a partir das nuances sociais hodiernas. Torna-se viável indicar tendências e caminhos para adequar as respostas apresentadas às vítimas em razão de danos potenciais e concretos que sofrem diuturnamente. Diante disso, compartilha-se a ideia de prospectividade (Fachin, 2012; Halévy, 2010), na qual se delineiam cenários possíveis de acordo com a perquirição do vigente.

A construção de uma responsabilidade por danos não depende, prioritariamente, de novas leis, mas de outra mentalidade do intérprete ao apreciar um caso concreto, com a proposição de uma responsabilidade por danos convivendo dialogicamente com outras áreas do conhecimento para além do Direito, sem permitir “colonizações” e fronteiras epistemológicas.

Entende-se pela proposição de uma responsabilidade por danos, sem que com isso se descarte a construção teórico-prática realizada pelo (e com) o instituto da responsabilidade civil e consumerista, cuja revisitação e reinterpretação parecem não ser suficientes para a adequada proteção e promoção jurídica prioritária da vítima na sociedade contemporânea, marcadamente incerta, do hiperconsumo, dos danos, da globalização, da liquidez, da complexidade e da busca de valores – em uma palavra: a sociedade do *desassossego*. O modelo de responsabilidade civil e consumerista vigentes parecem erodidos, porque sua reoxigenação histórica, como se faz com as teorias sociais (Veronese, 2001, p. 145-148), não resolve o problema.

As seis perspectivas constitutivas da responsabilidade por danos reportam à imprescindível tarefa do jurista de hoje, ao se debruçar sobre as reflexões que o direito civil e o direito do consumidor estão adstritos a realizar como fator de transformação social. Para tanto, a perspectiva de uma responsabilidade por danos constitui um de seus alicerces epistemológicos, a realizar os interesses da vítima, sem desconsiderar que o lesante também possui direitos e deveres.

Destarte, algumas tendências podem ser extraídas da proposição de uma responsabilidade por danos:

a) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização e do abandono da culpa, da formação da circunstância danosa, entre outros fatores;

b) intensificar a responsabilização, concedendo-se reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto, e também despatrimonializadas, como a retratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura* (ex.: CPC, arts. 461 e 461-A, e CC, arts. 233, 247 e 250);

c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos, das imprevisibilidades, dos perigos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a repersonalização do direito civil e do consumidor (Carvalho, 1981, v. 1), também lastreada nos princípios da adequada reparação, da prioridade da vítima e da solidariedade;

d) concretizar a responsabilidade por danos potenciais e concretos, nos moldes anteriormente expostos;

e) densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange à potencialidade de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde, ao consumo e ao meio ambiente;

f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos a ele, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos, riscos, perigos e imprevisibilidades oriundas de atividades habituais e onerosas, desenvolvidas em sociedade;

g) tornar irrelevante, na maioria dos casos, a concausa, “con el alcance de asignar la totalidad del daño a quien solo aportó una de las causas concurrentes” (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 59), objetivando diluir as responsabilidades individuais pelo dano, bem como mitigar as excludentes do dever de reparar;

h) aumentar as espécies de instrumentos de precaução, de prevenção e de reparação, coordenando-os com os já existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil e consumerista para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (ex.: seguro ambiental), entre outras medidas.

A responsabilidade por danos redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, com a extensão e a inovação de direitos e de deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis e à sociedade. O instituto esteia-se nos princípios do *neminem laedere*, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima (ver, sobre esses princípios, Lôbo, 2011, p. 23).

Essa mudança de concepção parece mais adequada à problematidade relacionada à precaução, à prevenção e à reparação dos danos potenciais e concretos, mormente diante do desafio atual de cada um assumir por si e pelo Outro a responsabilidade pela esperança. Esse repto torna-se premente caso JEAN-PIERRE DUPUY esteja correto em sua afirmação de que o tempo atual é o “das catástrofes, com o impossível se tornando uma certeza” (Dupuy, 2011).

A assertiva de DUPUY se conecta com o pensamento de ITURRASPE (2001, p. 210), exposto no pórtico deste tópico, com a preocupação do intérprete deslocando-se para a tutela prioritária das vítimas, que não devem ficar indenidas, salvo em específicos casos de concorrência danosa ou de fato exclusivo a elas imputado. Deve haver mecanismos jurídico-sociais para, no mínimo, diminuir a propagação dos efeitos deletérios dos eventos potencial ou concretamente danosos produzidos em sociedade.

A responsabilidade por danos, portanto, altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vitima*, o que tornaria, no mínimo, inadequada a dicção posta no art. 944, parágrafo único, do CC sobre a redução “equitativa” da reparação pela comparação entre o grau de culpa do lesante e o dano arbitrado à vítima. Noutros termos, passa-se da ideia de uma *dívida de responsabilidade para um crédito pelo dano sofrido ou que venha a sofrer*, na feliz construção de YVONNE LAMBERT-FAIVRE (Represas; Mesa, 2004, t. 1, p. 58).

A proposição de uma responsabilidade por danos não será esmaecida pela possibilidade de, em algum caso concreto, haver um resultado idêntico ao conferido pelos pressupostos da responsabilidade civil e consumerista ou por existirem instrumentos disponíveis a elas, como as tutelas inibitórias. Por exemplo, o valor a título de dano material derivado de um acidente de carro pode ser igual tanto utilizando os pressupostos da responsabilidade civil, como os de uma responsabilidade por danos, entretanto, os pressupostos e o fundamento sempre

serão diversos, e isso faz toda a diferença, quando se observam a alteridade e a justiça social em cada caso concreto.

Em arremate, a construção da proposição de uma responsabilidade por danos, como a realizada nesta pesquisa, não abandona o passado para se pensar o presente e projetar o futuro, como destaca FACHIN: “Não é possível pensar no futuro olvidando-se do presente e apagando o passado. O ser humano, individual e coletivamente, se faz na história de seus caminhos e na vida em sociedade, à luz dos valores que elege, por ação ou omissão, para viver e conviver” (Fachin, 2008a, p. 262).

Seguindo a lição sobredita e diante dos horizontes extraídos da construção teórica de uma responsabilidade por danos, nos moldes aqui sustentados, é possível erigir a categoria jurídica denominada formação da circunstância danosa (quarta perspectiva da responsabilidade por danos), que conterà a alteridade como pressuposto ético, e a justiça social como finalidade a ser atingida com a tutela prioritária da vítima. Combatem-se, a partir das ideias de uma responsabilidade por danos e de formação da circunstância danosa, comportamentos estatais, humanos ou sociais fomentadores do pensamento jurídico retroliberal ou neoliberal, que intensificam a propagação geométrica dos danos potenciais e concretos na contemporaneidade, a partir da óptica da ética da liberdade.

3.2 DA ÉTICA DA LIBERDADE À ÉTICA DA ALTERIDADE: A LIBERDADE ÉTICA COMO FATOR VALORATIVO DA CATEGORIA JURÍDICO-NORMATIVA FORMAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DANOSA E A JUSTIÇA SOCIAL COMO OBJETIVO A SER ATINGIDO COM A PROTEÇÃO DA VÍTIMA

“O que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa – coisa que poucos de nós esperamos –, mas de que à nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar.” AMARTYA SEN

Na ambiência desta pesquisa, uma injustiça que, no mínimo, se busca remediar é aquela resultante do afastamento da causalidade e da imputação de responsabilidades em diversos eventos nos quais a vítima não contribuiu para a sua ocorrência. O caminho a ser trilhado para isso, após o delineamento de sentido do que se entende por responsabilidade por danos, passa pela demonstração do conteúdo ético que funda a causalidade previsível e (ou) de alta probabilidade, presumida (ou não), bem como aquele constitutivo da ideia de causalidade complexa, presente no bojo da categoria formação da circunstância danosa, a ser delimitada no item vindouro.

Noutros termos, as duas formas de percepção da causalidade refletem a difícil missão aporética irrogada ao Direito – enunciar os direitos e os deveres no momento em que se decide – decisão como constitutiva do Direito, sem naquele momento ser direito –, já que a decisão medeia a ordem normativa e a vida em sociedade. Tal decisão revela os limites e as fronteiras da experiência aporética – com sentido de hospitalidade (Derrida, 1999, p. 45) – verificada na ambiência ética, social, política e jurídica, mesmo não se sabendo, de antemão, para onde conduzirá a decisão.

Essa aporia é a condição para o enfrentamento, para a responsabilidade que se assume e para a decisão que se quer tomar (Derrida, 2000, p. 15-16). Haverá forma para essa responsabilidade e para essa decisão, fronteiriças do político e do jurídico ou vice-versa? (Chueiri, 2011, p. 796-797). A forma, talvez, adequada para tal situação seja a busca, pela via do debate, de um consenso mínimo. Este, por seu turno, não deve ser percebido como um momento de perfeita harmonia, produto da atividade de homens bons e justos que só querem o bem de todos e aceitam de bom grado ceder até um denominador comum. Ao contrário, o consenso deflui da diferença reconhecida e respeitada efetivamente sobre o que se pensa, respeitando-se o outro sem que se queira excluí-lo do debate (em sentido parecido, Derrida; Stiegler, 1996,

p. 18), a elucidar que o trauma da diferença se torna um encontro ético, como ensinou LÉVINAS.

Nesse sentido, pode-se dizer que há aporia entre a construção teórico-jurisprudencial acerca da causalidade previsível e (ou) altamente provável de ocorrência do evento danoso e aquela advinda da causalidade complexa, quarta perspectiva apontada da responsabilidade por danos. Cabe ao intérprete a tomada de posição e de decisão de qual caminho seguir, responsabilizando-se pelos ônus e bônus da escolha realizada.

Nesse diapasão, segundo VERA KARAM DE CHUEIRI, “interpretar o Direito (Constitucional) é compreender e interpretar a nós mesmos como comunidade” (Chueiri, 2011a, p. 7). Desse modo, indaga-se se é adequado interpretar o Direito e nós mesmos como comunidade, sem a noção do outro (pessoa como categoria ética) e sem a noção de justo social em cada caso concreto. Nesta pesquisa, este se relaciona à causalidade e à imputação de responsabilidades pela precaução, pela prevenção e pela reparação de danos potenciais e concretos por quem de direito.

O parâmetro utilizado nesta tese para a elucidação da referida aporia é o dual sentido ético que funda cada um dos tipos causais analisados, ou seja, (i) a ética da liberdade é o substrato valorativo das ideias de causalidade e de imputação na responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea (ver, sobre a ética da liberdade em um sentido radical, que não é o adotado para a presente reflexão, Rothbard, 2010); (ii) a liberdade ética (alteridade) é o eixo axiológico que constitui a causalidade complexa, resultando na ideia de formação da circunstância danosa, presente na responsabilidade por danos.

As categorias vincadas na ética da liberdade traduzem a diretriz advinda do personalismo ético, percepção abrangida pelo direito civil brasileiro desde o século XIX (Azevedo, 2008, p. 20), e produtora de resultados muitas vezes dissociados do fio condutor desta tese – tutela primaz da vítima no âmbito da precaução, da prevenção e da reparação de danos potenciais e concretos nas relações civis e de consumo, cujo exame ocorre pelo prisma da causalidade e da imputação jurídica.

O sentido atribuído à ética da liberdade encontra guarida na diretriz traçada pelo personalismo ético, que influenciou o Código Civil de 1916 (art. 2º) e o Código Civil de 2002, que em seu art. 1º aduz: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A diretiva filosófica iluminista do século XVIII, principalmente a kantiana (fundamentos da metafísica dos costumes), influencia o personalismo ético

por meio da ideia de dignidade atribuída às pessoas, e o preço a tudo o mais (Azevedo, 2008, p. 20).

Ocorre que, de acordo com HANS JONAS, as considerações kantianas parecem não ser as mais adequadas para afirmar o valor axiológico-material da pessoa humana (Jonas, 2006, p. 170). Não obstante isso, a centralidade da pessoa humana, desde as codificações oitocentistas, levou Reale a afirmar que “o Código Civil é a verdadeira Constituição do homem comum” (Reale, 2003). O personalismo ético também foi albergado pela Constituição brasileira de 1988 (art. 1º, III), com o acolhimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Malgrado a importância de se colocar a pessoa humana no centro das atenções jurídicas, algumas críticas foram desferidas à visão antropocêntrica expressa pelo personalismo ético por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: 1) desconsidera o direito dos animais e do meio ambiente, coisificando-os; 2) a vida dos animais, da natureza e do ser humano é um valor ontológico, princípio *supraconstitucional e direito subjetivo lato sensu*, isto é, direito ao respeito e à defesa da vida. Isso justifica o primeiro rompimento com a visão antropocêntrica, em favor da ótica biocentrista, que afasta a possibilidade de eutanásia e de aborto e concede outros direitos, como respeito à integridade física, direito aos alimentos, à proteção da natureza, à moradia, ou seja, resultantes da primeira emergência da vida; 3) a segunda emergência advém do aparecimento dos animais superiores com sistema nervoso sofisticado, com estes animais a decidir os comportamentos que praticarão, inclusive o homem, a se destacar a ideia de solidariedade grupal (viver em sociedade), ainda em uma visão biológica de solidariedade grupal emocional (defesa do semelhante). Exemplo disso são as regras jurídicas de direito de família, de associação, dos alimentos nas relações de parentesco, direito aos impulsos vitais, como procriar, se desenvolver, ao prazer ou à felicidade (Declaração de Independência dos Estados Unidos), a autonomia privada (ex.: realizar um negócio jurídico); 4) a terceira emergência refere-se à igualdade de tratamento (formal reciprocidade) e à solidariedade universal (empatia por sermos da mesma espécie – alteridade), cujo critério distintivo para a solidariedade grupal é a linguagem e a cultura. Com isso, deve-se atribuir outro sentido à dignidade humana e abarcar as três emergências relatadas (Azevedo, 2008, p. 21-31).

As críticas dirigidas ao personalismo ético não impediu que ele constituísse a ideia de conduta normativa, a repercutir diretamente no sentido atribuído à ética da liberdade, o que justificará a categoria do fortuito externo, do fato de terceiro e do fato da vítima. Quatro podem ser as formas de se analisar a conduta: a) fático-psicológica; b) finalista; c) normativa; d) coexistencial.

A conduta fático-psicológica está baseada na filosofia naturalista-positivista e afere o comportamento fático da ação do sujeito, investigando-o psicologicamente para saber se o ato foi voluntário ou involuntário, a margear as condutas omissivas. A acepção finalista supera a concepção anterior e foca somente na finalidade consciente a que se dirige o comportamento humano, a abarcar as condutas omissivas e comissivas, exigindo da vontade uma finalidade específica. Esse voluntarismo teleológico consagrado pela acepção finalista explica o comportamento como ele é e tem a vantagem de demonstrar a influência do sujeito sobre as circunstâncias do evento, para que se possa atribuir-lhe a responsabilidade pelo acontecimento. Uma desvantagem indica que o finalismo somente pode ser aplicado para os casos em que a finalidade jurídica é relevante, a excluir os atos praticados pela pessoa jurídica, uma vez que não possuem vontade para eleger uma finalidade (Vita Neto, 2007, p. 96-97).

Essas deficiências relacionadas às duas concepções levaram a literatura jurídica a erigir a concepção normativa de conduta, com o objetivo de especificar as características inerentes ao comportamento, para enquadrá-lo como relevante ao Direito. Para tanto utiliza ou o critério organizativo social ou o das instituições, deslocando o exame para a ação social apreendida pela sociologia; ou o critério normativo e abarcador dos princípios e dos valores presentes em cada ordenamento jurídico – concepção funcionalista-normativa (Vita Neto, 2007, p. 98-100).

A concepção funcionalista-normativa coloca no núcleo da conduta a concretização da normatividade de cada ordenamento jurídico, com os sistemas de matiz europeu-ocidental escolhendo o personalismo ético como normativa a ser tutelada. Esse personalismo terá como fator de análise a personalidade como emanção direta da dignidade ética, de acordo com VITA NETO:

(...) pode-se definir conduta como todo o comportamento que represente a expressão da personalidade do sujeito agente, a expressão de sua individualidade. Conduta será então todo o comportamento pelo qual o sujeito atue no mundo externo. A transformação do mundo externo, a apropriação das circunstâncias que levam a esse ou àquele resultado, constitui a expressão máxima da personalidade de um sujeito de direito. Quando o sujeito não pode influenciar o ambiente, não pode determinar as circunstâncias de fato, as consequências verificadas não serão expressão de

sua personalidade, mas do mero acaso, ou decorrência de condutas alheias. Submeter o sujeito às consequências desse evento significa negar sua individualidade, fazê-lo instrumento de outros propósitos. Dessa forma, o elemento nuclear para o conceito de conduta será o domínio pelo sujeito das circunstâncias de fato. Conduta será todo o comportamento por meio do qual o sujeito dominava, ou podia ter dominado, o resultado da cadeia causal de acontecimentos, de modo a poder, se assim se decidisse, modificá-la (Vita Neto, 2007, p. 100).

Como visto, a conduta se apresenta como possibilidade de o sujeito poder atuar, comissiva ou omissivamente, na cadeia causal, ou seja, aquele que atua por reflexo não controla as circunstâncias, não domina o fato e não modifica o mundo com a sua personalidade. Tal entendimento é estendido ao atuar da pessoa jurídica, sem que com isso se equipare pessoa jurídica e pessoa humana (Vita Neto, 2007, p. 101-103).

Por essa construção, há um afastamento do causalismo natural como regente da relação causa-efeito entre o evento danoso e o dano. Passa-se a adotar a ideia de “posição de influência”, ou seja, imputa-se a responsabilidade, mormente nas condutas omissivas, àqueles que detinham a obrigação de evitar o dano (o garantidor na doutrina de JAKOBS), seja por haver bens que o titular não consegue proteger ou administrar (ex.: as hipóteses descritas no art. 932, I e II, do CC; administradores de sociedades, fundações e associações), com a responsabilidade pelo poder funcional sendo estendida até o limite da posição passiva; seja por o agente ter criado um risco à incolumidade de um bem jurídico (teoria da imputação objetiva) (Vita Neto, 2007, p. 106-127).

Como se percebe, a ideia de personalismo ético com o viés ora apresentado autoriza que as hipóteses elencadas de fortuito externo, como o caso de assalto a ônibus e a morte de consumidor no cinema, vítima de tiros de metralhadora, não sejam reparadas pela interrupção da causalidade. De igual modo, funda as hipóteses de imputação objetiva, de fato de terceiro, de fato da vítima, a expurgar de alguma reparação os casos de causalidade virtual e de causalidade alternativa, salvo se estiverem na posição de garante da responsabilidade.

A ideia de personalismo ético, ao fim e ao cabo, apresenta-se como uma expressão do “eu individual”, já que se a pessoa não tinha o dever de atuar e cumpriu tudo o que estava ao seu alcance em determinada situação concreta, não há que se falar em imputação de responsabilidade. A vítima, portanto, nesse caso, fica desassistida, sendo ressaltada a sua não priorização pela ética da liberdade, e, por consequência, pela responsabilidade civil moderna e contemporânea.

Esse cenário deve ser alterado com a primazia da vítima, autorizando que se ultrapasse o “eu individual” do personalismo ético e se pense e se pratique o “nós”, explicitação da liberdade ética (alteridade). Esta viabiliza a consecução de outros resultados, como se verificará com a construção da categoria formação da circunstância danosa, que absorve características intrínsecas ao tempo vigente (ex.: incerteza e complexidade) e demonstra como esses influxos podem alterar o sentido atribuído das referidas categorias, por exemplo, com a perspectiva de causalidade complexa.

A alteridade está intimamente ligada à perspectiva trazida por Lévinas, de respeito absoluto ao outro, de pensar no outro antes de si:

Na boa filosofia, o que importa, sem dúvida, é não pensar os direitos do homem a partir de um Deus desconhecido. É permitido aproximar a idéia de Deus, partindo do absoluto que se manifesta na relação a outrem.

(...) A ética, o cuidado reservado ao ser do outro-que-si-mesmo, a não-indiferença para com a morte de outrem e, conseqüentemente, a possibilidade de morrer por outrem, chance de santidade, seria o abrandamento desta contração ontológica que o verbo ser diz, abrindo a ordem do humano, da graça e do sacrifício.

Esta inversão humana do em-si e do para-si, do "cada um por si", em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e incessável – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto de outrem. Por trás da postura que ele toma – ou que suporta – em seu aparecer, ele me chama e me ordena do fundo de sua nudez sem defesa, de sua miséria, de sua mortalidade. É na relação pessoal, do eu ao outro, que o "acontecimento" ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além ou eleva acima do ser.

O que dizer então de humanidade na sua multiplicidade? O que dizer, ao lado do outro, do terceiro e, com ele, de todos os outros? Esta responsabilidade para com o outro que se defronta comigo, esta resposta ao rosto do próximo poderá ignorar o terceiro que é também meu outro? Não me diz respeito ele também? (Lévinas, 2004, p. 266-269)

Um fator extremamente relevante que emerge da alteridade são os princípios-deveres de precaução e de prevenção, candentes no direito ambiental, mas bem pouco efetivados no direito civil e consumerista, apesar de haver previsão expressa no art. 6º, VI, do CDC.

Isso evidencia a necessidade de se repensar a causalidade jurídica a partir da ideia de causalidade complexa, afastando-se da relação direta, adequada ou necessária entre evento danoso e dano, substituindo-a por uma relação entre o dano e a sua potencial causação e a evitabilidade do agente ou do responsável em repará-lo, a tutelar, por exemplo, os problemas postos pela responsabilidade pós-consumo (ver Lemos, 2012). Essa reflexão enfatiza a absorção pela causalidade jurídica da incerteza

e da complexidade, assim como o respeito à concretude do princípio da reparação integral e do desenvolvimento sustentável.

Os princípios-deveres de precaução e de prevenção foram alvo de preocupação da Comissão do Anteprojeto de Reforma do Direito das Obrigações na França, como se extrai da dicção do art. 1.362: “Sem prejuízo dos dispositivos especiais, o explorador de uma atividade normalmente perigosa, ainda que lícita, deve reparar o dano decorrente desta atividade. Reputa-se perigosa a atividade que cria riscos de danos graves, podendo afetar um número elevado de pessoas simultaneamente. O explorador da atividade pode exonerar-se da responsabilidade apenas se estabelecer a existência de uma culpa da vítima nas condições previstas nos arts. 1.349 a 1.351-1”.

Nesse diapasão, a concretização da liberdade ética permite a efetivação da justiça social em cada caso, porquanto acolhido o constructo teórico de função como liberdade, erigido por CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK em sua tese de doutoramento defendida na Universidade Federal do Paraná: “os institutos de Direito Civil têm entre suas funções a proteção e o incremento da liberdade coexistencial” (Pianovski Ruzyk, 2011, p. 167).

Nessa linha, a liberdade ética está conectada a um dos sentidos atribuídos à solidariedade constitucional, isto é, a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, não a solidariedade restrita aos confins de um grupo, nem dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: “a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa” (Perlingieri, 2008, p. 461-462).

Por esse prisma, é garantida pelo Direito a capacidade de autodeterminação individual, assegurando-se a existência de uma esfera privada dentro da qual as pessoas possam formar suas próprias convicções, sempre abarcando a singularidade dos outros, sem ignorar o coletivo. E uma sociedade plural somente se pode construir permitindo a cada um ser livre na formação de seus projetos de vida. A liberdade visualizada de maneira plúrima (formal, material, negativa e positiva – Pianovski Ruzyk, 2011, p. 13-78) é uma expressão do sentido dirigido à alteridade nesta tese: coexistência com, pelo e para o Outro, percebendo-se que a pessoa concreta somente o é em relação, sempre verificada de maneira concreta (Fachin, 2012, p. 26).

Como se pode concluir, a alteridade possui uma característica relevantíssima e que a distingue da ética da liberdade, devendo sempre ser levada em conta pelo intérprete a pressuposição da diferença e da assimetria de poder de uma pessoa para

com o Outro. Trazendo isso para a concretude da realidade da vítima, esta, exceto se também contribuiu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, deve ser apreendida nessa contínua percepção assimétrica existente em todas as espécies de relações jurídicas. Um exemplo disso, no âmbito de uma relação empresarial, provém da assimétrica relação entre o franqueado e o franqueador, ou da relação Administração Pública e administrado, ou ainda em uma relação civil contratual. Certo é que cada uma possui as suas peculiaridades, com a assimetria de poder devendo ser calibrada em cada caso.

O que se deve evitar é pensar abstratamente que existe uma pseudoigualdade e afastar do campo avaliativo a sempre presente relação assimétrica de poder entre as partes em relação, a fim de conferir uma adequada tutela em cada situação concreta. Importa, portanto, analisar as concepções de vulnerabilidade nas relações interprivadas (sobre o assunto, Marques; Miragem, 2012).

Expurga-se, por conseguinte, qualquer concepção abstrata das pessoas em relação, pois cada uma, na concretude do conviver ou do viver com, constitui e é constituída pelo Outro. Isso modifica o meio em que essa interação se coloca, levando a pensar na ideia de sociedade em rede, em que há uma constante modificação de posições, com relevo para a ideia de diferença e de assimetria como constitutiva da alteridade (sobre a sociedade em rede, Elias, 1994, p. 35).

A liberdade ética (alteridade) evita a consecução de uma cooptação coletiva do Outro e ao mesmo tempo afasta a concepção individualista atomizada, porque promove a transcensão do individual para o social, sem apriorismos hierárquicos ou determinísticos, diálogo esse voltado à plural dinamicidade da vida condicionante e condicionada pela(s) liberdade(s) ética(s). Esse sentido de liberdade(s) ética(s) vai ao encontro da ideia de repersonalização do direito civil, porém lastreada no “nós” dinâmico e concreto.

Essa permanente interação das pessoas em relação reafirma o acolhimento da liberdade plural em seus vieses: a) negativo – espaço de não coerção e de autorregulamentação de interesses privados; formal – garantia conferida pelo ordenamento jurídico acerca da possibilidade de a pessoa exercer a autorregulamentação de interesses privados; c) positiva – definição pela pessoa dos rumos da própria vida; d) substancial – capacidade concreta de realizar escolhas e de realizar o que se valoriza, desde a garantia de acesso a um patrimônio mínimo personalíssimo compatível com uma vida digna, aos contributos oriundos de uma

relação proprietária, possessória ou contratual, ou de respeito às escolhas no seio das relações familiares, ou seja, possibilidades concretas de se fazer o que se valoriza. Essa pluralidade é protetiva da(s) liberdade(s) vivida(s) e da(s) vivência(s) da(s) liberdade(s) sempre intersubjetivamente – com, para e pelo Outro, e aposta no bojo das relações sociais em que cada um constrói a sua subjetividade juntamente com o Outro, ou seja, “a liberdade se encontra com a solidariedade” (Pianovski Ruzyk, 2011, p. 13-78, 342-345).

A perspectiva da alteridade, portanto, impede que tanto no âmbito da causalidade como no da imputação de responsabilidades se possam transferir de forma indevida riscos, perigos, incertezas e ônus das atividades desenvolvidas em sociedade para aquele que se encontra em uma posição de assimetria de poder ou de hipervulnerabilidade. Essa transferência indevida é autorizada pelas construções relacionadas à causalidade previsível ou de alta probabilidade e pela aplicação de fortuito externo em diversos casos (ex.: exclusão da responsabilidade em caso de assalto em transporte coletivo urbano). A vítima que sofre o dano e com ele não contribuiu recebe todo o ônus da atividade desenvolvida pelo Outro, que, inúmeras vezes, como se vê, por exemplo, com as condições gerais contratuais abusivas, não respeitou a alteridade e violou a precaução e a prevenção de danos potenciais e concretos, em um cristalino comportamento de desprezo para com a vítima.

Isso desvela a obsolescência jurídico-temporal do modo como se interpreta e se constrói a causalidade jurídica e a imputação de responsabilidades na ambiência do direito civil e do consumidor, que não capta o direito vivente e projeta o porvir de maneira retrospectiva, muitas vezes visando “estabilizar o instável”, na feliz expressão de PAOLO GROSSI, promotora da negação do Outro. Dessa maneira, emergem a alteridade no âmbito de um “estado de necessidade” pelo qual passa a vítima e a sua não priorização por diversos institutos jurídicos, como a responsabilidade civil e consumerista em relação à causalidade e à imputação de responsabilidades.

Tem razão, portanto, HANS JONAS ao asseverar que a noção de responsabilidade perde espaço enquanto “imposição inteiramente formal de todo o agir causal entre seres humanos, dos quais se pode exigir uma prestação de contas”, isto é, o princípio responsabilidade “não concerne ao cálculo do que foi feito ‘*ex post facto*’, mas à determinação do que se tem a fazer; uma noção em virtude da qual eu me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas

consequências, mas pelo objeto que reivindica meu agir” (Jonas, 2006, p. 166-167).

Diante disso, a precaução, a prevenção e a reparação de danos deixam de ser um problema da vítima que foi atingida para se tornar um problema da sociedade, devendo-se assegurar ao lesado variados meios de defesa, de evitabilidade e de reparação desses danos (Ehrhardt Júnior, 2012a, p. 113).

Daí o exercício da liberdade ética (alteridade) vinculado à responsabilidade por danos e à causalidade complexa rejeitarem a injustiça, haja vista que esta se mostra geradora de sofrimento incompatível com o respeito pelo Outro. Percebe-se, portanto, que o conteúdo jurídico da justiça (entre nós, social) é a diferença entre “o conceito de morte e um corpo morto, desafio primeiro e último da razão exposta à alteridade” – “vida em sociedade”. Nessa via se desdiz a racionalidade instrumental hegemônica, exorcista do tempo substancial que nos constitui e que coisifica o real (Timm de Souza, 2010, p. ix e 2-3), mormente o direito das vítimas a uma resposta adequada para os danos potenciais e concretos que sofrem, sem falar na própria ideia de causalidade.

Dessa forma, o sentido de justiça pode ser extraído das construções relacionadas à filosofia da libertação, isto é, uma sociedade em que caiba o interesse de todos e o de cada um, inclusive os interesses ambientais, sendo este o direito fundamental. Nessa linha, o sentido de justiça está umbilicalmente conectado com aquele de liberdade plural intersubjetiva, a incorporar novos direitos, acrescentando-os àqueles que se encontram na condição de sem-direitos (normalmente vítimas do sistema de direito vigente). Isso demonstra uma dualidade funcional do Direito: “de um lado, a função de *conservação*, onde a vida está *afirmada*; e, de outro, a função é de *transformação*, onde a vida está *negada*” (Ludwig, 2006, p. 330-331).

A exigência de justiça surge da negação da vítima ou de aspectos relacionados à sua vida, que, na presente tese, se percebe pelas construções relacionadas à causalidade jurídica previsível ou altamente provável. Esta, reiteradamente nega a imputação de responsabilidades a quem de direito. Em outras palavras, a manutenção da ideia de causalidade e de imputação como apresentada nos dois primeiros capítulos corrobora esse estado de injustiça. Isso autoriza que o insuportável se torne suportável, com o estado de exceção passando a ser a regra normatizadora da vida (Fachin, 2008a, p. 262).

Esse estado de exceção promovido pela concretização da injustiça corporifica-se mediante as respostas espargidas, no escopo desta tese, pela construção de sentido

das ideias denexo causal e de presunção de causalidade, a gerar uma seletividade daquilo que será reparado. Deixa, portanto, à margem muitas vítimas que seriam reparadas caso fosse utilizada a causalidade complexa, corporificada na categoria formação da circunstância danosa.

É de bom tom desconstruir a opacidade da “ausência de alteridade e de justiça social na concretude da tutela das vítimas” e buscar, segundo DERRIDA, uma “loucura pela justiça”. Além disso, “pensar é tomar decisão” ajustada para cada caso analisado, com a razão sendo “compreender a si mesmo como serviço de seu Outro” (Timm de Souza, 2010, p. 3-4). Vale dizer, uma busca pela justiça “social”, sempre construída contingentemente de acordo com os Outros (Ghiraldelli Júnior, 1999, p. 31).

A necessidade por justiça social vai ao encontro da tutela constitucional concreta, crítica e prospectiva da dignidade humana, no viés da alteridade, que se efetiva na “realização da liberdade ética”, no momento da coexistência com o diferente “necessidade de justiça”. A liberdade negativa, positiva, material ou formal apresenta-se sob a forma de “responsabilidade pelo Outro”, “reconhecimento fático da alteridade”, e o seu exercício se torna uma questão ética, ou seja, “a minha liberdade começa onde se inicia a liberdade do outro” – “liberdade investida”, de acordo com LÉVINAS, porque o Outro “traumatiza as certezas” (Timm de Souza, 2010, p. 142, 143, 149 e 152).

A possível laceração da causalidade e da imputação como expostas de maneira indiscutivelmente majoritária no sistema romano-germânico e no anglo-saxão não passa por uma reoxigenação histórica, como se faz com as teorias sociais (Veronese, 2001, p. 145-148), mas pela perspectiva de causalidade complexa e da construção da categoria jurídica “formação da circunstância danosa”, sendo urgente se repensar a reforma e reformar o pensamento, como afirma MORIN (2011). Tal reforma está inserida, nesta tese, no campo da prospectividade, explicitada, entre outros, por FACHIN (2012), na qual se delineiam cenários possíveis de acordo com a perquirição do vigente, sem desconsiderar o constructo do pretérito.

A teorização e a prática da alteridade podem levar a uma efetivação da justiça social expressa no *caput* do art. 170 da CF/88; todavia, não se circunscreve às hipóteses previstas no aludido artigo, pois a justiça social permeia a juridicidade vigente com o propósito de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e em respeito à dignidade da pessoa humana (CF/88, arts. 3º, I, e 1º, III), até porque as

desigualdades sociais e econômicas são tragédias evitáveis (Rorty, 1998).

A justiça social, em um primeiro sentido, pode ser entendida como uma justiça que equilibre, quando efetivada, as ideias de democracia, de crescimento socioeconômico e ambiental. De igual modo, a ideia de igualdade substancial para os cidadãos de forma coletiva e individual, pois um Estado que concretize a aludida harmonia "será um Estado de Justiça" (Coelho, 2007, p. 196).

A densificação da justiça social altera concretamente as desigualdades, porque é o aperfeiçoamento da justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, com privilégio à igualdade formal) e da justiça distributiva (dar a cada um o que é seu, embora reconheça as desigualdades, por meio de legislação – CLT, CDC, ECA –, ou por outro modo, sem, porém, alterá-las) (Lôbo, 2003, p. 103-113). A efetivação da justiça social no caso concreto fomentará a justiça relacional ou situacional, aquela derivada de uma determinada relação ou situação jurídica, a impedir a mercantilização da sociedade e da pessoa humana concreta (Cortiano Júnior, 2002, p. 155-165).

Dessa forma, as respostas trazidas pela literatura jurídica e pela jurisprudência brasileira acerca da devida tutela da vítima e dos danos potenciais e concretos presentes na sociedade contemporânea parecem inadequadas, como se extrai das construções que impedem reparações, tal o caso da vítima metralhada por um estudante de medicina em uma sala de cinema em São Paulo. Talvez a ideia de formação da circunstância danosa aplicada ao caso pudesse conferir outra resposta e admitir a reparação, a concretizar a justiça social advinda do respeito à alteridade, sanando as desigualdades concretas em cada caso, bem como respeitando o Outro em todas as fases da atividade profissional desenvolvida.

Reflete-se, por conseguinte, sobre as perguntas e as respostas oferecidas pela literatura jurídica e pela jurisprudência predominantes no Brasil, alusivas ao problema levantado nesta tese, porquanto aparentam propiciar um discurso de proteção prioritária à vítima. Todavia, a rigor, isso não ocorre, resultando na confirmação do pensamento de SARAMAGO, em texto apresentado no Fórum Social Mundial em 2002: “Não há pior engano do que o daquele que a si mesmo se engana. E assim é que estamos vivendo” (Saramago, 2012). Os ideários ético-dogmáticos da responsabilidade civil e consumerista, fundados na ética da liberdade, e a perspectiva da causalidade previsível ou altamente provável, presumida (ou não), parecem contribuir para o permanente passamento da justiça social, como se ela jamais tivesse existido para quem nela confiou ou que dela esperava “o que da Justiça todos temos o

direito de esperar: justiça, simplesmente justiça” (Saramago, 2012).

Os sentidos da justiça social não podem ser aqueles que concretizam a justiça em cada caso de olhos vendados, em que o peso da balança se encontra viciado e a espada sempre fende mais um lado que o outro, como no exemplo do entendimento do STJ quanto ao caso da morte da vítima no cinema. Espera-se uma justiça rigorosamente ética, “uma justiça que seja a emanção espontânea da própria sociedade em acção” (Saramago, 2012).

Reivindica-se justiça social, fruto da "angústia da responsabilidade pelo rosto que interpela". Avulta a primazia dos contatos e da intersubjetividade, sob o "desafio do olhar sem contexto e da tentativa de tornar o trauma da diferença em encontro ético" (Lima Pereira, 2012, p. 294-295; 2011, p. 137-208). Não se pode admitir o Direito como um "jogo jogado" *a priori* por quem quer que seja, pelas regras, pelos Códigos... O ideário de justiça social permanece, haja vista a necessidade de um porvir consentâneo com as respostas requeridas para os problemas das vítimas e dos danos potenciais e concretos produzidos hodiernamente no Brasil.

A alteridade e a justiça social serão o norte valorativo para a formação da circunstância danosa, que não depende de novas leis, senão de outra mentalidade do intérprete ao compreender um caso concreto, percebendo o Direito como um fator de transformação social, ao minorar as lesões praticadas em sociedade. A perspectiva de formação da circunstância danosa pode ser um dos alicerces jurídicos a realizar esta transformação com uma mais adequada tutela dos interesses da vítima, sem desconsiderar que o lesante também possui direitos e deveres.

À vista do exposto, defende-se que o pressuposto valorativo e principiológico que deve permear a precaução, a prevenção e a reparação dos danos potenciais e concretos, extramateriais e materiais, é a ética da alteridade. E com esta, a efetivação dos princípios da primazia do interesse da vítima, da máxima reparação do dano e da solidariedade social, a promover a justiça social densificada pela concretização dos mencionados princípios em cada caso concreto.

A crítica desferida ao pressuposto ético da responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea – ética da liberdade – impõe a responsabilidade de se apresentar uma premissa dogmático-axiológica que assegure outra postura teórico-prática do intérprete em face do volume de riscos, perigos e danos potenciais e concretos que são produzidos em sociedade, objetivo delineado no derradeiro item desta pesquisa.

3.2 DA ÉTICA DA LIBERDADE À ÉTICA DA ALTERIDADE: A LIBERDADE ÉTICA COMO FATOR VALORATIVO DA CATEGORIA JURÍDICO-NORMATIVA FORMAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DANOSA E A JUSTIÇA SOCIAL COMO OBJETIVO A SER ATINGIDO COM A PROTEÇÃO DA VÍTIMA

“O que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa – coisa que poucos de nós esperamos -, mas de que a nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar” AMARTYA SEN

Na ambiência desta pesquisa, uma injustiça que, no mínimo, procura-se remediar é aquela resultante do afastamento da causalidade e da imputação de responsabilidades em diversos eventos nos quais a vítima não contribuiu para a sua ocorrência. O caminho a ser trilhado para tal mister, após o delineamento de sentido do que se entende por responsabilidade por danos, passa pela demonstração do conteúdo ético que funda a causalidade previsível e (ou) de alta probabilidade, presumida (ou não), bem como aquele constitutivo da ideia de causalidade complexa, presente no bojo da categoria formação da circunstância danosa, a ser delimitada no item vindouro.

Noutros termos, as duas formas de percepção da causalidade refletem a difícil missão aporética irrogada ao Direito – enunciar os direitos e os deveres no momento em que se decide – decisão como constitutiva do Direito, sem naquele momento ser direito –, já que a decisão medeia a ordem normativa e a vida em sociedade. Tal decisão revela os limites e as fronteiras da experiência aporética – com sentido de hospitalidade (Derrida, 1999, p. 45) – verificada na ambiência ética, social, política e jurídica, mesmo não sabendo, de antemão, para onde desnudará a decisão, que nos expõe de maneira singular.

Essa aporia é a condição para o enfrentamento, para a responsabilidade que se assume e para a decisão que se quer tomar (Derrida, 2000, p. 15-16). Haverá forma para essa responsabilidade e para essa decisão, fronteiriças do político e do jurídico ou vice-versa (Chueiri, 2011, p. 796-797)? A forma, talvez, adequada para tal situação seja a busca, pela via do debate, de um mínimo consenso. Este, por seu turno, não deve ser percebido como um momento de perfeita harmonia, produto da atividade de homens bons e justos que só querem o bem de todos e aceitam de bom grado ceder

até um denominador comum. Ao contrário, o consenso deflui da diferença reconhecida e respeitada efetivamente sobre o que pensamos, respeitando-se o outro sem que se queira excluí-lo do debate (em sentido parecido Derrida; Stiegler, 1996, p. 18), a elucidar que o trauma da diferença se torna um encontro ético, como nos legou LÉVINAS.

Nesse sentido, pode-se dizer que há aporia entre a construção teórico-jurisprudencial acerca da causalidade previsível e (ou) altamente provável de ocorrência do evento danoso e aquela advinda da causalidade complexa, quarta perspectiva apontada da responsabilidade por danos. Cabe ao intérprete a tomada de posição e de decisão de qual caminho seguir, se responsabilizando pelos ônus e bônus da escolha realizada.

Nesse diapasão, segundo VERA KARAM DE CHUEIRI, “interpretar o Direito (Constitucional) é compreender e interpretar a nós mesmos como comunidade” (Chueiri, 2011a, p. 7). Desse modo, indaga-se se é adequado interpretarmos o Direito e nós mesmos como comunidade, sem a noção do outro (pessoa como categoria ética), sem a noção de justo social em cada caso concreto, que, nesta pesquisa, se relaciona à causalidade e à imputação de responsabilidades pela precaução, pela prevenção e pela reparação de danos potenciais e concretos por quem de direito.

O parâmetro utilizado nesta tese para a elucidação da referida aporia é o dual sentido ético que funda cada um dos tipos causais analisados, ou seja, (i) a ética da liberdade é o substrato valorativo das ideias de causalidade e de imputação na responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea (ver, sobre a ética da liberdade em um sentido radical que não é o adotado para a presente reflexão, Rothbard, 2010); (ii) a liberdade ética (alteridade) é o eixo axiológico que constitui a causalidade complexa, enformadora da ideia de formação da circunstância danosa presente na responsabilidade por danos.

As categorias vincadas na ética da liberdade traduzem a diretriz advinda do personalismo ético, percepção abrangida pelo direito civil brasileiro desde o século XIX (Azevedo, 2008, p. 20), e produtora de resultados muitas vezes dissociados do fio condutor desta tese – tutela primaz da vítima no âmbito da precaução, da prevenção e da reparação de danos potenciais e concretos nas relações civis e de consumo, cujo exame ocorre pelo prisma da causalidade e da imputação jurídica.

O sentido atribuído à ética da liberdade encontra guarida na diretriz traçada pelo personalismo ético, que influenciou o Código Civil de 1916 (art. 2º) e o Código

Civil de 2002 que em seu art. 1º aduz: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A diretiva filosófica iluminista do século XVIII, principalmente a kantiana (fundamentos da metafísica dos costumes), influencia o personalismo ético, por meio da ideia de dignidade atribuída às pessoas e o preço a tudo o mais (Azevedo, 2008, p. 20).

Ocorre que, de acordo com HANS JONAS, as considerações kantianas parecem não ser as mais adequadas para afirmar o valor axiológico-material da pessoa humana (Jonas, 2006, p. 170). Não obstante isso a centralidade da pessoa humana, desde as codificações oitocentistas, levaram Reale a afirmar que “o Código Civil é a verdadeira Constituição do homem comum” (Reale, 2003). O personalismo ético também foi acolhido pela Constituição brasileira de 1988 (art. 1º, III), com o acolhimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Não obstante a importância de se colocar a pessoa humana no centro das atenções jurídicas, algumas críticas foram desferidas à visão antropocêntrica expressada pelo personalismo ético por ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: 1) desconsidera o direito dos animais e do meio-ambiente, coisificando-os; 2) a vida dos animais, da natureza e do ser humano é um valor ontológico, princípio *supra-constitucional e direito subjetivo lato sensu*, isto é, direito ao respeito e à defesa da vida. Isso justifica o primeiro rompimento com a visão antropocêntrica, em favor da ótica biocentrista, que afasta a possibilidade de eutanásia e de aborto e concede outros direitos, como respeito à integridade física, direito aos alimentos, à proteção da natureza, à moradia, ou seja, resultantes da primeira emergência da vida; 3) a segunda emergência advém do aparecimento dos animais superiores com sistema nervoso sofisticado, com estes animais decidindo os comportamentos que praticarão, inclusive o homem, a se destacar a ideia de solidariedade grupal (viver em sociedade), ainda em uma visão biológica de solidariedade grupal emocional (defesa do semelhante). Exemplo disso são as regras jurídicas de direito de família, de associação, dos alimentos nas relações de parentesco, direito aos impulsos vitais, como procriar, se desenvolver, ao prazer ou à felicidade (Declaração de Independência dos Estados Unidos), a autonomia privada (ex.: realizar um negócio jurídico); 4) a terceira emergência refere-se à igualdade de tratamento (formal reciprocidade) e à solidariedade universal (empatia por sermos da mesma espécie - alteridade), cujo critério distintivo para a solidariedade grupal é a linguagem e a

cultura. Com isso, deve-se atribuir outro sentido à dignidade humana e abarcar as três emergências relatadas (Azevedo, 2008, p. 21-31).

As críticas dirigidas ao personalismo ético não impediu que ele constituísse a ideia de conduta normativa, que repercutem diretamente no sentido atribuído à ética da liberdade, o que justificará a categoria do fortuito externo, do fato de terceiro e do fato da vítima. Quatro podem ser as formas de se analisar a conduta: a) fático-psicológica; b) finalista; c) normativa; d) coexistencial.

A conduta fático-psicológica está baseada na filosofia naturalista-positivista e afere o comportamento fático da ação do sujeito e investiga-o psicologicamente para saber se o ato foi voluntário ou involuntário, a margear as condutas omissivas, A aceção finalista supera a concepção anterior e foca somente na finalidade consciente a que se dirige o comportamento humano, a abarcar as condutas omissivas e comissivas, exigindo da vontade uma finalidade específica. Esse voluntarismo teleológico consagrado pela aceção finalista explica o comportamento como ele é e tem a vantagem de demonstrar a influência do sujeito sobre as circunstâncias do evento, para que se possa a ele atribuir a responsabilidade pelo acontecimento. Uma desvantagem indica que o finalismo somente pode ser aplicado para os casos em que a finalidade jurídica é relevante, a excluir os atos praticados pela pessoa jurídica, uma vez que não possuem vontade para eleger uma finalidade (Vita Neto, 2007, p. 96-97).

Essas deficiências relacionadas às duas concepções levaram a literatura jurídica a erigir a concepção normativa de conduta com o objetivo de especificar as características inerentes ao comportamento para enquadrá-lo como relevante para o Direito. Para tanto utiliza ou o critério organizativo social ou das instituições, delocando o exame para ação social apreendida pela sociologia; ou o critério normativo e abarcador dos princípios e dos valores presentes em cada ordenamento jurídico – concepção funcionalista-normativa (Vita Neto, 2007, p. 98-100).

A concepção funcionalista-normativa coloca no núcleo da conduta a concretização da normatividade de cada ordenamento jurídico, com os sistemas de matiz europeu-ocidental escolhendo o personalismo ético como normativa a ser tutelada. Esse personalismo terá como fator de análise a personalidade como emanção direta da dignidade ética, como aponta VITA NETO:

(...) pode-se definir conduta como todo o comportamento que represente a expressão da personalidade do sujeito agente, a expressão de sua individualidade. Conduta será então todo o comportamento pelo qual o sujeito atue no mundo externo. A transformação do mundo externo, a

apropriação das circunstâncias que levam a esse ou àquele resultado, constitui a expressão máxima da personalidade de um sujeito de direito. Quando o sujeito não pode influenciar o ambiente, não pode determinar as circunstâncias de fato, as consequências verificadas não serão expressão de sua personalidade, mas do mero acaso, ou decorrência de condutas alheias. Submeter o sujeito às consequências desse evento significa negar sua individualidade, fazê-lo instrumento de outros propósitos. Dessa forma, o elemento nuclear para o conceito de conduta será o domínio pelo sujeito das circunstâncias de fato. Conduta será todo o comportamento por meio do qual o sujeito dominava, ou podia ter dominado, o resultado da cadeia causal de acontecimentos, de modo a poder, se assim se decidisse, modificá-la (Vita Neto, 2007, p. 100).

Como visto, a conduta se apresenta como possibilidade de o sujeito poder atuar, comissiva ou omissivamente, na cadeia causal, ou seja, aquele que atua por reflexo não controla as circunstâncias, não domina o fato e não modifica o mundo com a sua personalidade, entendimento estendido ao atuar da pessoa jurídica, sem que com isso se equipare pessoa jurídica e pessoa humana (Vita Neto, 2007, p. 101-103).

Por essa construção, há um afastamento do causalismo natural como regente da relação causa-efeito entre o evento danoso e o dano e passa a adotar a ideia de “posição de influência”, ou seja, imputa-se a responsabilidade, mormente nas condutas omissivas, àqueles que detinham a obrigação de evitar o dano (o garantidor na doutrina de JAKOBS), seja por haver bens em que o titular não consegue proteger ou administrar (ex.: como as hipóteses descritas no art. 932, I e II, do CC; administradores de sociedades, fundações e associações), com a responsabilidade pelo poder funcional sendo estendida até o limite da posição passiva; seja por o agente ter criado um risco à incolumidade de um bem jurídico (teoria da imputação objetiva) (Vita Neto, 2007, p. 106-127).

Como se percebe, a ideia de personalismo ético com o viés ora apresentado autoriza que as hipóteses elencadas de fortuito externo, como o caso de assalto a ônibus e a morte de consumidor no cinema vítima de tiros de metralhadora, não sejam reparadas pela interrupção da causalidade, bem como funda as hipóteses de imputação objetiva, de fato de terceiro, de fato da vítima, a expurgar de alguma reparação os casos de causalidade virtual e de causalidade alternativa, salvo se estiverem na posição de garante da responsabilidade.

A ideia de personalismo ético, como moldada, ao fim e ao cabo, se apresenta como uma expressão do “eu individual”, já que se a pessoa não tinha o dever de atuar e cumpriu tudo o que estava ao seu alcance em determinada situação concreta, não há que se falar em imputação de responsabilidade. A vítima, portanto, nesse caso, fica

desassistida, a majorar a sua não priorização pela ética da liberdade e, por consequência, pela responsabilidade civil moderna e contemporânea.

Esse cenário deve ser alterado, com a primazia da vítima autorizando que se ultrapasse o “eu individual” do personalismo ético e se pense e se pratique o “nós”, explicitação da liberdade ética (alteridade). Esta viabiliza a consecução de outros resultados, como se verificará com a construção da categoria formação da circunstância danosa, que absorve características intrínsecas ao tempo vigente (ex.: incerteza e complexidade) e demonstra como esses influxos podem alterar o sentido atribuído das referidas categorias, por exemplo, com a perspectiva de causalidade complexa.

A alteridade está intimamente ligada à perspectiva trazida por Lévinas, de respeito absoluto ao outro, de pensar no outro antes de si, dos direitos do outro homem antes de mais nada:

Na boa filosofia, o que importa, sem dúvida, é não pensar os direitos do homem a partir de um Deus desconhecido. É permitido aproximar a idéia de Deus, partindo do absoluto que se manifesta na relação a outrem."

(...) A ética, o cuidado reservado ao ser do outro-que-si-mesmo, a não-indiferença para com a morte de outrem e, conseqüentemente, a possibilidade de morrer por outrem, chance de santidade, seria o abrandamento desta contração ontológica que o verbo ser diz, abrindo a ordem do humano, da graça e do sacrifício.

Esta inversão humana do em-si e do para-si, do "cada um por si", em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem - irrecusável e incessável - esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto de outrem, Por trás da postura que ele toma - ou que suporta - em seu aparecer, ele me chama e me ordena do fundo de sua nudez sem defesa, de sua miséria, de sua mortalidade. É na relação pessoal, do eu ao outro, que o "acontecimento" ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além ou eleva acima do ser.

O que dizer então de humanidade na sua multiplicidade? O que dizer, ao lado do outro, do terceiro e, com ele, de todos os outros? Esta responsabilidade para com o outro que se defronta comigo, esta resposta ao rosto do próximo poderá ignorar o terceiro que é também meu outro? Não me diz respeito ele também? (Lévinas, 2004, p. 266-269)

Um fator extremamente relevante que emerge da alteridade são os princípios-deveres de precaução e de prevenção, candentes no direito ambiental, mas pouquíssimos efetivados no direito civil e consumerista, apesar de haver previsão estar expressa no art. 6º, VI do CDC.

Isso evidencia a necessidade de se repensar a causalidade jurídica a partir da ideia de causalidade complexa, afastando-se da relação direta, adequada ou necessária entre evento danoso e dano, substituindo-a para uma relação entre o dano

e a sua potencial causação e evitabilidade do agente ou do responsável em repará-lo, a tutelar, por exemplo, os problemas postos pela responsabilidade pós-consumo (ver Lemos, 2012). Essa reflexão evidencia a absorção pela causalidade jurídica da incerteza e da complexidade, assim como o respeito à concretude do princípio da reparação integral e do desenvolvimento sustentável.

Os princípios-deveres de precaução e de prevenção foram alvo de preocupação da Comissão do Anteprojeto de Reforma do Direito das Obrigações na França, como se extrai da dicção do art. 1362: “Sem prejuízo dos dispositivos especiais, o explorador de uma atividade normalmente perigosa, ainda que lícita, deve reparar o dano decorrente desta atividade. Reputa-se perigosa a atividade que cria riscos de danos graves podendo afetar um número elevado de pessoas simultaneamente. O explorador da atividade pode exonerar-se da responsabilidade apenas se estabelecer a existência de uma culpa da vítima nas condições previstas nos arts. 1.349 a 1351-1”.

Nesse diapasão, a concretização da liberdade ética permite a efetivação da justiça social em cada caso, pois se acolhe o constructo teórico de função como liberdade, erigido por CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK em sua tese de doutoramento defendida na Universidade Federal do Paraná, na qual “os institutos de Direito Civil têm entre suas funções a proteção e o incremento da liberdade coexistencial” (Pianovski Ruzyk, 2011, p. 167).

Nessa linha, a liberdade ética está conectada com um dos sentidos atribuídos à solidariedade constitucional, qual seja, “cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, não solidariedade restrita nos confins de um grupo, nem dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: “a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa” (Perlingieri, 2008, p. 461-462).

Por esse prisma, é garantida pelo Direito a capacidade de autodeterminação individual, assegurando-se a existência de uma esfera privada dentro da qual as pessoas possam formar suas próprias convicções, sempre abarcando a singularidade dos outros e sem se desconectar ou ignorar o coletivo. E uma sociedade plural somente se pode construir assim, permitindo a cada um ser livre na formação de seus projetos de vida. A liberdade visualizada de maneira plúrima (formal, material, negativa e positiva – Pianovski Ruzyk, 2011, p. 13-78) é uma expressão do sentido dirigido à alteridade nesta tese: coexistência com, pelo e para o Outro, percebendo-se que a pessoa concreta somente o é em relação, sempre verificada de maneira concreta

(Fachin, 2012, p. 26).

Como se pode concluir a alteridade possui uma característica relevantíssima e que a distingue da ética da liberdade, devendo ser levada em conta sempre pelo intérprete, a perene pressuposição da diferença e da assimetria de poder de uma pessoa para com o Outro. Trazendo isso para a concretude da realidade da vítima, esta, afora se também contribuiu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, deve ser apreendida nessa contínua percepção assimétrica existente em todas as espécies de relações jurídicas. Um exemplo disso, no âmbito de uma relação empresarial, se retira da assimétrica relação entre o franqueado e o franqueador ou na relação Administração Pública e administrado ou mesmo em uma relação civil contratual. Certo é que cada relação possui as suas peculiaridades, com a assimetria de poder devendo ser calibrada em cada caso.

O que se deve evitar é pensar abstratamente que exista uma pseudoigualdade e afastar do campo avaliativo a sempre presente relação assimétrica de poder entre as partes em relação, a fim de conferir uma adequada tutela em cada situação concreta. Ganha relevo, portanto, analisar as concepções de vulnerabilidade nas relações interprivadas (sobre o assunto Marques; Miragem, 2012).

Expurga-se, por conseguinte, qualquer concepção abstrata das pessoas em relação, pois cada um, na concretude do conviver ou do viver com, constitui e é constituído pelo Outro, a modificar o meio em que essa interação se coloca, a pensar na ideia de sociedade em rede em que há uma constante modificação de posições dentro dessa rede, a fortificar a ideia de diferença e de assimetria como constitutiva da alteridade (sobre a sociedade em rede Elias, 1994, p. 35).

A liberdade ética (alteridade) evita a consecução de uma cooptação coletiva do Outro e ao mesmo tempo afasta a concepção individualista atomizada, porque promove a transcensão do individual para o social, sem apriorismos hierárquicos ou determinísticos, diálogo esse voltado à plural dinamicidade da vida condicionante e condicionada pela liberdade(s): ética(s). Esse sentido de liberdade(s) ética(s) vai ao encontro da ideia de repersonalização do direito civil, mas lastreada no “nós” dinâmico e concreto.

Essa permanente interação das pessoas em relação reafirmar o acolhimento da liberdade plural em seus vieses: a) negativo – espaço de não coerção e de autorregulamentação de interesses privados; formal – garantia conferida pelo ordenamento jurídico acerca da possibilidade de a pessoa exercer a

autorregulamentação de interesses privados c) positiva – definição pela pessoa dos rumos da própria vida; d) substancial – capacidade concreta de realizar escolhas e de realizar o que se valoriza, desde a garantia de acesso a um patrimônio mínimo personalíssimo compatível com uma vida digna, aos contributos oriundos de uma relação proprietária, possessória ou contratual ou de respeito às escolhas no seio das relações familiares, ou seja, possibilidades concretas de se fazer o que se valoriza. Essa pluralidade é protetiva da(s) liberdade(s) vivida(s) e da(s) vivência(s) da(s) liberdade(s) sempre intersubjetivamente com, para e pelo Outro e aposta no bojo das relações sociais em que cada um constrói a sua subjetividade juntamente com o Outro, ou seja, “a liberdade se encontra com a solidariedade” (Pianovski Ruzyk, 2011, p. 13-78, 342-345).

A perspectiva da alteridade, portanto, impede que tanto no âmbito da causalidade como no da imputação de responsabilidades se possa transferir de forma indevida riscos, perigos, incertezas e ônus das atividades desenvolvidas em sociedade para aquele que se encontra em uma posição de assimetria de poder ou de (hiper) vulnerabilidade. Essa transferência indevida é autorizada pelas construções relacionadas à causalidade previsível ou de alta probabilidade e pela aplicação de fortuito externo em diversos casos (ex.: exclusão da responsabilidade em caso de assalto em transporte coletivo urbano). A vítima que sofre o dano e com ele não contribuiu recebe todo o ônus da atividade desenvolvida pelo Outro, que, inúmeras vezes, como se vê, por exemplo, com as condições gerais contratuais abusivas, não respeitou a alteridade e violou a precaução e a prevenção de danos potenciais e concretos, em um cristalino comportamento de desprezo para com a vítima.

Isso desvela a obsolescência jurídico-temporal do modo como se interpreta e se constrói a causalidade jurídica e a imputação de responsabilidades na ambiência do direito civil e do consumidor, que não capta o direito vivente e projeta o porvir de maneira retrospectiva, muitas vezes visando “estabilizar o instável”, na feliz expressão de **PAOLO GROSSI**, promotora da negação do Outro. Dessa maneira, emerge a alteridade no âmbito de um “estado de necessidade” pelo qual passa a vítima e a sua não priorização por diversos institutos jurídicos, como a responsabilidade civil e consumerista em relação à causalidade e à imputação de responsabilidades.

Tem razão, portanto, **HANS JONAS** ao asseverar que a noção de responsabilidade perde espaço enquanto “imposição inteiramente formal de todo o agir causal entre seres humanos, dos quais se pode exigir uma prestação de contas”,

isto é, o princípio responsabilidade “não concerne ao cálculo do que foi feito ‘ex post facto’, mas à determinação do que se tem a fazer; uma noção em virtude da qual eu me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas consequências, mas pelo objeto que reivindica meu agir” (Jonas, 2006, p. 166-167).

Diante disso, a precaução, a prevenção e a reparação de danos deixa de ser um problema da vítima que foi atingida para se tornar um problema da sociedade, devendo-se assegurar ao lesado variados meios de defesa, e evitabilidade e de reparação a esses danos (Ehrhardt Júnior, 2012a, p. 113).

Daí o exercício da liberdade ética (alteridade) vinculado à responsabilidade por danos e à causalidade complexa repugnar a injustiça, haja vista que se mostra geradora de sofrimento incompatível com o respeito pelo Outro, apto a perceber que o conteúdo jurídico da justiça (entre nós, social) é a diferença entre “o conceito de morte e um corpo morto, desafio primeiro e último da razão exposta à alteridade” – “vida em sociedade”. Nessa via se desdiz a racionalidade instrumental hegemônica, exorcista do tempo substancial que nos constitui e que coisifica o real (Timm de Souza, 2010, p. ix e 2-3), mormente o direito das vítimas a uma resposta adequada para os danos potenciais e concretos que sofrem sem falar na própria ideia de causalidade.

Dessa forma, o sentido de justiça pode ser extraído das construções relacionadas à filosofia da libertação, isto é, uma sociedade em que caiba o interesse de todos e o de cada um, inclusive os interesses ambientais, sendo esse o direito fundamental. Nessa linha, o sentido de justiça está umbilicalmente conectado com aquele de liberdade plural intersubjetiva, a incorporar novos direitos afirmando-os àqueles que se encontram na condição de sem-direitos (normalmente vítimas do sistema de direito vigente). Isso demonstra uma dualidade funcional do Direito: “de um lado, a função de *conservação* onde a vida está *afirmada*; e, de outro, a função é de *transformação* onde a vida está *negada*” (Ludwig, 2006, p. 330-331).

A exigência de justiça surge da negação da vítima ou de aspectos relacionados a sua vida, que, na presente tese, se percebe pelas construções relacionadas à causalidade jurídica previsível ou altamente provável, que, reiteradamente nega a imputação de responsabilidades a quem de direito. Em outras palavras, a manutenção da ideia de causalidade e de imputação como apresentada nos dois primeiros capítulos corrobora com esse estado de injustiça. Isso autoriza que o insuportável se torne suportável, com o estado de exceção passando a ser regra

normatizadora da vida de quem a ele sobrevive (Fachin, 2008a, p. 262).

Esse estado de exceção permanente promovido pela concretização da injustiça se corporifica mediante as respostas espargidas, no escopo desta tese, pela construção de sentido das ideias de nexos causal e de presunção de causalidade, a gerar uma seletividade daquilo que será reparado, deixando à margem muitas vítimas que o seriam caso se utilizasse a causalidade complexa, corporificada na categoria formação da circunstância danosa.

É de bom tom, portanto, desconstruir o opaco “ausência de alteridade e de justiça social na concretude da tutela das vítimas” e buscar, segundo DERRIDA, uma “loucura pela justiça”. Além disso, “pensar é tomar decisão” ajustada para cada caso analisado, com a razão sendo “compreender a si mesma como serviço de seu Outro” (Timm de Souza, 2010, p. 3-4). Vale dizer, uma busca pela justiça “social”, sempre construída contingentemente de acordo com os Outros (Ghiraldelli Júnior, 1999, p. 31).

A necessidade por justiça social vai ao encontro da tutela constitucional concreta, crítica e prospectiva da dignidade humana, no viés da alteridade, que se efetiva na “realização da liberdade ética” no momento da coexistência com o diferente “necessidade de justiça”. A liberdade negativa, positiva, material ou formal se apresenta sob a forma de “responsabilidade pelo Outro”, “reconhecimento fático da alteridade”, e o seu exercício se torna uma questão ética, ou seja, “a minha liberdade começa onde inicia a liberdade do outro” – “liberdade investida”, de acordo com LÉVINAS, porque o Outro “traumatiza as certezas” (Timm de Souza, 2010, p. 142, 143, 149 e 152).

A possível laceração da causalidade e da imputação como expostas de maneira indiscutivelmente majoritária no sistema romano-germânico e no anglo-saxão não passa por uma reoxigenação histórica, como se faz com as teorias sociais (Veronese, 2001, p. 145-148), mas pela perspectiva de causalidade complexa e da construção da categoria jurídica “formação da circunstância danosa”, sendo urgente se repensar a reforma e reformar o pensamento, como alude MORIN (2011). Tal reforma está inserida, nesta tese, no campo da prospectividade explicitada, entre outros, por FACHIN (2012), na qual se delineiam cenários possíveis de acordo com a perquirição do vigente, sem desconsiderar o constructo do pretérito.

A teorização e a prática da alteridade podem levar a uma efetivação da justiça

social expressa no *caput* do art. 170 da CF/88, todavia, não se circunscrevendo às hipóteses previstas no aludido artigo, pois a justiça social permeia a juridicidade vigente com o propósito de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e em respeito à dignidade da pessoa humana (CF/88, arts. 3º, I, e 1º, III), até porque as desigualdades sociais e econômicas são tragédias evitáveis (Rorty, 1998).

A justiça social, em um primeiro sentido, pode ser entendida como uma justiça que equilibre, ao ser efetivada, as ideias de democracia, de crescimento socioeconômico e ambiental e de igualdade substancial para os cidadãos de forma coletiva e individual, e um Estado que concretize a aludida harmonia "será um Estado de Justiça" (Coelho, 2007, p. 196).

A densificação da justiça social altera concretamente as desigualdades, porque é o aperfeiçoamento da justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, com privilégio à igualdade formal) e da justiça distributiva (dar a cada um o que é seu, embora reconheça as desigualdades, por meio de legislação – CLT, CDC, ECA – ou por outro modo, sem, porém, alterá-las) (Lôbo, 2003, p. 103-113). A efetivação da justiça social no caso concreto fomentará a justiça relacional ou situacional, aquela derivada de uma determinada relação ou situação jurídica, a impedir a mercantilização da sociedade e da pessoa humana concreta (Cortiano Júnior, 2002, p. 155-165).

Dessa forma, as respostas trazidas pela literatura jurídica e pela jurisprudência brasileira acerca da devida tutela da vítima e dos danos potenciais e concretos presentes na sociedade contemporânea parecem inadequadas, como se extrai das construções que impedem reparações, como no caso da vítima metralhada por um estudante de medicina em uma sala de cinema em São Paulo. Talvez a ideia de formação da circunstância danosa aplicada ao caso pudesse conferir outra resposta e admitir a reparação, a concretizar a justiça social advinda do respeito à alteridade, sanando as desigualdades concretas em cada caso, bem como respeitando o Outro em todas as fases da atividade profissional (ou não) desenvolvida.

Reflete-se, por conseguinte, sobre as perguntas e as respostas oferecidas pela literatura jurídica e pela jurisprudência predominantes no Brasil, alusivas ao problema levantado nesta tese, porquanto aparentam propiciar um discurso de proteção prioritária à vítima, todavia, a rigor, isso não ocorre, resultando na confirmação do pensamento de SARAMAGO, em texto apresentado no Fórum Social Mundial em 2002: “Não há pior engano do que o daquele que a si mesmo se engana. E assim é que estamos vivendo” (Saramago, 2012). Os ideários ético-dogmáticos da

responsabilidade civil e consumerista, fundados na ética da liberdade, e a perspectiva da causalidade previsível ou altamente provável, presumida (ou não), parecem contribuir para o permanente passamento da justiça social, como se ela jamais tivesse existido para quem nela confiou ou que dela esperava “o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça” (Saramago, 2012).

Os sentidos da justiça social não podem ser aqueles que concretizam a justiça em cada caso de olhos vendados, em que o peso da balança se encontra viciado e a espada sempre fende mais um lado que o outro, como no exemplo do entendimento do STJ quanto ao caso da morte da vítima no cinema. Espera-se uma justiça rigorosamente ética, “uma justiça que seja a emanção espontânea da própria sociedade em acção” (Saramago, 2012).

Reivindica-se justiça social, fruto da "angústia da responsabilidade pelo rosto que interpela". Avulta a primazia dos contatos e da intersubjetividade, sob o "desafio do olhar sem contexto e da tentativa de tornar o trauma da diferença em encontro ético" (Lima Pereira, 2012, p. 294-295; 2011, p. 156-162). Não se pode admitir o Direito como um "jogo jogado" *a priori* por quem quer que seja, pelas regras, pelos Códigos... O ideário de justiça social permanece, haja vista a necessidade de um porvir consentâneo com as respostas requeridas para os problemas das vítimas e dos danos potenciais e concretos produzidos hodiernamente no Brasil.

A alteridade e a justiça social serão os nortes valorativos para a formação da circunstância danosa, que não depende de novas leis, mas de outra mentalidade do intérprete ao compreender um caso concreto, percebendo o Direito como um fator de transformação social, ao minorar as lesões praticadas em sociedade. A perspectiva de formação da circunstância danosa pode ser um dos alicerces jurídicos para realizar esta transformação com uma mais adequada tutela dos interesses da vítima, sem desconsiderar que o lesante também possui direitos e deveres.

À vista do exposto enuncia-se que o pressuposto valorativo e principiológico que deve permear a precaução, a prevenção e a reparação dos danos potenciais e concretos, extramateriais e materiais é a ética da alteridade, com a efetivação dos princípios da primazia do interesse da vítima, da máxima reparação do dano e da solidariedade social, a promover a justiça social densificada pela concretização dos mencionados princípios em cada caso concreto.

A crítica desferida ao pressuposto ético da responsabilidade civil e consumerista moderna e contemporânea – ética da liberdade – imputa a

responsabilidade de se apresentar uma premissa dogmático-axiológica que possa fundar outra postura teórico-prática do intérprete frente ao volume de riscos, perigos e danos potenciais e concretos que podem e são produzidos em sociedade, objetivo delineado no derradeiro item desta pesquisa.

3.3 O TEMPO DA CAUSALIDADE E A FORMAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DANOSAS: CRITÉRIOS, LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADES COM BASE NA CAUSALIDADE COMPLEXA

“O caminho em direção ao passado é um caminho que não pode ser trilhado”. FRANZ ROSENZWEG

A reflexão procedida até o presente momento, jungida com a assertiva acima, demanda a divisão deste item em três momentos: (i) apontar o sentido do tempo utilizado na pesquisa para o enquadramento da temática ao vigente contexto; (ii) apresentar o modo pelo qual se pensa a interpretação jurídica, o que influenciará o modo de construção da formação da circunstância danosa; (iii) indicar o conteúdo que se atribui à causalidade e à imputação para fins de delineamento da ideia de formação da circunstância danosa.

Principia-se a análise do tempo com o intuito de não olvidar o passado, sem nos aprisionarmos a ele, refletir sobre o presente e projetar o porvir. A digressão sobre o tempo tem por *prius* a ideia de revolução de AGAMBEN, na qual uma autêntica revolução tem por ponto de partida alterar a experiência do tempo e, *a posteriori*, modificar o mundo (Agamben, 2005, p. 111). Esse levante não visa precisões cronológico-causais, em que os objetivos sejam determinantes para os meios revolucionários, inclusive com o uso da violência, mas uma ideia de revolução voltada a uma contínua “interrupção da cronologia por um tempo outro”, ou seja, a revolução “não é a entrada forçada pela porta de um novo e eterno mundo (o mundo pós-histórico), mas mantém exatamente as coisas como elas são, apenas um pouco fora do lugar” (Scramim; Honesko, 2010, p. 10-11).

A mencionada revolução, no sentido agambeniano, nesta tese, tem como *leitmotiv* as premissas teóricas da ideia de uma responsabilidade por danos potenciais e concretos com foco na primazia da vítima, cujo substrato axiológico é a ética da alteridade, o fim a justiça social, sendo a aferição da causalidade e o fator de imputação sendo extraídos da categoria formação da circunstância danosa.

As citadas premissas da responsabilidade por danos podem fundamentar de forma diversa as possíveis perguntas e respostas para a questão das vítimas e dos

danos no direito civil e consumerista brasileiros, a partir da absorção das características existentes na sociedade atual, caracterizada como a do desassossego, da globalização, do medo, do risco, da incerteza, do hiperconsumo e, por que não, dos danos. Essas adjetivações atribuídas à sociedade demonstram que o tempo do direito atual é diverso daquele em que as ideias de causalidade previsível e de presunção de causalidade foram erigidas. Ratifica-se com isso a umbilical vinculação entre o Direito e o tempo, pois não se pode interpretar e construir sentidos para os institutos jurídicos apartados da historicidade concreta, não linear e contínua que os cercam.

Diante disso, para essa tese, o tempo pode ser entendido como estrutura de possibilidades, não olvidando outros sentidos possíveis ao termo como – uma ordem mensurável do movimento – e – como movimento intuído. O tempo como ordem mensurável do movimento se vincula à concepção antiga de mundo e de vida cíclica e à acepção moderna de tempo científico (ordem causal constante e repetível de sucessões de eventos ou tempo absoluto e relativo de NEWTON – sempre ordenado e uniforme, com esta uniformidade se tornando a medida do movimento não uniforme). A concepção de relatividade de ALBERT EINSTEIN manteve a ideia de tempo como uma ordem mensurável do movimento, entretanto não mais como uma ordem única e absoluta de sucessão. Nessa linha, reduzir o tempo à causalidade foi a principal proposição filosófica acerca do sentido de tempo como ordem (Abbagnano, 2007, p. 944-946). Essa primeira concepção de tempo vincula-se à ideia de previsibilidade que lastreia as teorias do nexos causal, a fortalecer a ideia de causalidade jurídica erigida pelo direito moderno.

O segundo sentido atribuído ao tempo, como movimento intuído, pode ser imputada à HEGEL, que identifica o tempo com algum aspecto parcial ou abstrato da consciência, com SANTO AGOSTINHO assinalando o tempo com a própria vida da alma, que se estende para o passado ou para o futuro. A tese agostiniana é a de que o passado, o presente e o futuro, a rigor, são três presentes: o presente do passado, o presente do presente e o presente do futuro. Contrapondo-se a essa concepção de tempo, na filosofia moderna, BERGSON aduz para uma acepção científica em que o tempo é aquilo que se faz, é móvel. O tempo seria uma novidade absoluta a cada instante (processo contínuo de criação impossível de se distinguir estados – tempo vivido), visto como duração da consciência. Esse sentido é semelhante ao tempo fenomenológico de HUSSERL, no qual a vivência efetiva é infinita e acaba por

conservar numa espécie de eterno presente (Abbagnano, 2007, p. 946-947). Essa segunda acepção, também firmada no primado do presente, não traz nenhuma influência para a apreensão da causalidade jurídica, a ser descartada nesta pesquisa, até porque a intuição do devir é sempre o agora e a causalidade jurídica retratam o ontem, o hoje e o amanhã.

Relevante à apreensão da causalidade jurídica em seu viés complexo, informativa e enformativa da ideia de formação da circunstância danosa, é o terceiro sentido atribuído ao tempo, qual seja, como estrutura da possibilidade, trazido por HEIDEGGER na obra “Ser e Tempo”. O primeiro ponto a ser esclarecido é que a interpretação desse sentido de tempo está focada para o futuro, isto é, o tempo é possibilidade ou projeção, com o passado sendo condicionado pelo provir (Heidegger, 2012, p. 881-901).

Dessa maneira, da concepção heideggeriana de tempo constroem-se os seguintes pilares: a) passa-se da necessidade à possibilidade, porque o tempo não se insere em uma estrutura necessária, como a ordem causal, mas em uma estrutura de possibilidade de várias ordens simultâneas (ou não); b) a “relação entre passado e futuro, que Heidegger enrijeceu num círculo, pode ser facilmente dissolvida com a introdução da noção de possível. O passado pode ser entendido como ponto de partida ou fundamento das possibilidades porvindouras e o futuro como possibilidade de conservação ou de mudança do passado, em limites (e aproximações) determináveis” (Abbagnano, 2007, p. 947-948).

Essa concepção de tempo aposta para a causalidade e para a imputação jurídica corrobora com as construções filosóficas, físicas e jurídicas relacionadas à aferição da causalidade por meio da probabilidade de ocorrência entre o evento danoso e o dano. Além disso, deve-se procurar construir os institutos em uma perspectiva de mudança do pretérito e não de sua conservação, como afirmado no pórtico desse item.

Dessa forma, não se pode manter a análise da causalidade com base em um instrumental moderno aplicado na contemporaneidade, pois esta arrosta outro caminho a ser trilhado pelo intérprete. Isso porque vivemos a era do paradoxo, uma vez que ao mesmo tempo em que a incerteza e a complexidade são inerentes à sociedade atual, parece que, diante das catástrofes, ser correto afirmar que o impossível é uma certeza (Dupuy, 2011).

Se o tempo e a sociedade possuem essas características e o que se pretende é tutelar a vítima, por meio da categoria da formação da circunstância danosa, como pode ser uma razoável interpretação do fenômeno jurídico? Parece correto poder afirmar que, para dar conta desse tempo e dessa sociedade, a ideia metodologia de análise do Direito como problema tende a ser uma adequada escolha.

Dessa maneira, o intérprete tem como *prius* o problema e como ponto de chegada (*posterius*) a solução do problema, que passará pela fundamentação judicativa, fundada no esquema caso – princípios – decisão ou razão prática (Castanheira Neves, 2012, p. 9-79). Nesse passo, “cada caso julgado marca seu lugar em 4 (quatro) dimensões: altura, largura, profundidade e tempo” (Alves, 2013, p. 16).

Essa visão sobre o Direito implica o intérprete a refletir diuturnamente acerca da sempre atual indagação de LUIZ EDSON FACHIN: “a que serve e a quem serve o Direito” (Fachin, 2008, p. 20). A resposta se torna mais complexa se compreendemos o Direito de maneira autêntica e não como um discurso legitimador do político e do econômico, pois, se assim não for, o Direito vigente não passará de uma reprodução do que ele foi ontem – “mais do mesmo” – como diuturnamente evoca e combate RICARDO ARONNE (2006; 2010 e 2012).

Noutros termos, deve-se pensar o Direito, a partir de sua pluralidade de formas de expressão, com a identificação da questão jurídica como um problema social que deva ser contextualizado em três dimensões constitucionais (formal, material e prospectiva) que irradiam efeitos à sociedade e ao Estado. Esse contexto autoriza uma releitura (re)constitucionalizante das categorias jurídicas, que, nessa pesquisa, atinge a causalidade e a imputação jurídica, com lastro em uma hermenêutica libertária, bem como em uma principiologia axiológica de índole constitucional sem redução de complexidade, até porque o caráter ôntico do jurídico se encontra na sociedade, na realidade social, econômica, política, ambiental, entre outras (Fachin, 2008, p. 11-20). Evita-se, com isso, a promoção da opacidade do real (Bourdieu, 2010, p. 187) enformada por um “direito *a la carte*”.

Dessa forma, o direito como problema parte da historicidade radical do Direito como experiência humana, sendo o Direito a expressão de uma decisão fundamental do humano que decide viver pautado pelo reconhecimento do outro como pessoa, em sua autonomia e responsabilidade, sendo a pessoa uma categoria ética – ante a coexistência com as outras – e não uma categoria antropológica ou ontológica (Santos Coelho, 2007, p. 185).

Essa perspectiva do Direito não se ombreia no jusnaturalismo, porque é o ser humano que decide a si mesmo na coexistência, dispondo sobre o seu próprio sentido como humano. Também não compraz o positivismo, já que a validade do Direito repousa na decisão do humano, com o Direito fundamentando-se como problema num constante indagar sobre a validade. O Direito reafirma-se continuamente com a autorrecuperação do humano ao coexistir com o outro. Cada decisão jurídica em um caso concreto recupera a ideia do Direito a partir da mediação pelo conteúdo da decisão deflagradora das formas de expressão do Direito – do problema para o problema – sem circunscrever o Direito àquele imposto pelo Estado.

O Direito como princípio normativo da pessoa fundante da juridicidade e refletido em cada problema concreto advindo da coexistência das pessoas. No jurisprudencialismo, a igualdade ganha foros de existencialidade no sentido de pessoa – base para a compreensão do Direito como Direito em si (Santos Coelho, 2007, p. 185-188). A alteridade, portanto, passa a ser o sustentáculo desse Direito que tutela a vida em relação.

Nesse diapasão, a justiça, no sentido atribuído no item precedente, constitui o Direito numa dimensão entitativa (constituente e existencial) e numa dimensão cognoscitiva (de relevância epistêmica e metodológica). Questiona-se o que é justo para cada caso, sendo certo que o sentimento do justo e do injusto alicerçam as ordens sociais (em sentido parecido Castanheira Neves, 1995, v. 1, p. 241-286).

Diante disso, a perspectiva axiológica do Direito entra em confronto com a perspectiva finalista, que pretende substituir os valores pelos fins, podendo-se desfavorecer o valor justiça em detrimento de determinados fins, como o econômico ou o político. Isso porque a proteção jurídica coativa é exigência do justo – condição *sine qua non* – da normatividade jurídica como intenção regulativa voltada para a realidade.

A busca do justo em cada caso está intimamente ligada à perspectiva crítica trazida por LUIZ EDSON FACHIN que confronta os institutos e as instituições jurídicas à multiplicidade do real, com a rejeição de dogmas, sendo efetivamente uma teoria do direito problematizante. Noutros termos, é uma “Teoria que não se deixa enclausurar, não se pautando em conceitos prontos; que não se pretende estática, reconhecendo a transitoriedade; que recolhe a juridicidade emergente da faticidade sem negar a normatividade das leis e da Constituição” (Pianovski Ruzyk, 2012, p. I-III).

A teoria crítica fachiniana absorve a ideia de direito como problema, podendo

ser sintetizada pelas três dimensões da constitucionalização do direito por ele delineadas:

É possível encetar pela dimensão formal, como se explica. A Constituição Federal brasileira de 1988 ao ser apreendida tão só em tal horizonte se reduz ao texto positivado, sem embargo do relevo, por certo, do qual se reveste o discurso jurídico normativo positivado. É degrau primeiro, elementar regramento proeminente, necessário, mas insuficiente.

*Sobreleva ponderar, então, a estatura substancial que se encontra acima das normas positivadas, bem assim dos princípios expressos que podem, eventualmente, atuar como regras para além de serem **mandados de otimização**. Complementa e suplementa o norte formal anteriormente referido, indo adiante até a aptidão de inserir no sentido da **constitucionalização** os princípios implícitos e aqueles decorrentes de princípios ou regras constitucionais expressas. São esses dois primeiros patamares, entre si conjugados, o âmbito compreensivo da percepção intrassistemática do ordenamento.*

*Não obstante, o desafio é apreender extrassistematicamente o sentido de possibilidade da **constitucionalização** como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a dimensão prospectiva dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da **ressignificação** dessas balizas linguísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito (Fachin, 2008, p. 17-18).*

Nessa toada, percebe-se a dialogicidade apreendida dessas três dimensões pode auxiliar na decisão justa em cada caso, preocupando-se com a pessoa concreta em relação (alteridade), ou seja, pode ser compartilhada com a reflexão de MORIN sobre a dialógica e a complexidade:

Dialógica

Unidade complexa entre duas lógicas, entidades ou instâncias complementares, concorrentes e antagônicas que se alimentam uma da outra, se completam, mas também se opõem e combatem. Distingue-se da dialética hegeliana. Em Hegel, as contradições encontram uma solução, superam-se e suprimem-se numa unidade superior. Na dialógica, os antagonismos persistem e são constitutivos das entidades ou dos fenômenos complexos. (Morin, 2007, p. 300-301). É convidar a pensar-se na complexidade. Não é dar a receita que fecharia o real numa caixa, é fortalecer-nos na luta contra a doença do intelecto – o idealismo –, que crê que o real se pode deixar fechar na ideia e que acaba por considerar o mapa como o território, e contra a doença degenerativa da racionalidade, que é a racionalização, a qual crê que o real se pode esgotar num sistema coerente de ideias (Morin, 2010, p. 140).

A complexidade confirma a percepção de que tudo está interligado e de algum modo se conecta. Essas nuances reforçam a necessidade de se tutelar a diferença, com a convivência paradoxal dos opostos, em que há a apreciação do desconhecido com resultado imprevisível ou inevitável (Lytoard, 2011, p. 45, 107-108). Diante disso, não se pode negar a incerteza e a complexidade como habitat natural da vida

humana – ainda que a fuga as essas dela fugir seja um hábito das atividades humanas (Bauman, 2009, p. 31).

Esse contexto incerto e complexo tanto da sociedade, como do direito como problema interage com o Direito e afasta padronizações como a do homem médio, a colocar em xeque julgamentos e interpretações que se aferem a determinadas padronizações, como se fosse possível a planificação de direitos e de deveres como universais aceitos e aplicáveis. A diferença e a assimetria são condições da coexistencialidade e ratificam a importância de as categorias, institutos e interpretações apreenderem essas características.

Após as abordagens sobreditas passa-se ao último momento da reflexão empreendida nesta pesquisa: enunciar e fundar a ideia de formação da circunstância danosa de um modo que seja capaz de elevar a priorização dos princípios da primazia da vítima, da solidariedade social e da reparação integral na responsabilidade por danos, por meio de outro olhar sobre a causalidade e sobre a imputação. Pretende-se, contudo, aportar outros elementos à causalidade (incerteza e complexidade) e aos fatores de imputação (domínio da atividade e eventos naturais, estatais, humanos e sociais ligados ou correlatos à atividade, ao dano, à vítima, ao lesante e (ou) responsável pela precaução, prevenção e (ou) reparação).

A reflexão supracitada alude para um resultado de reforma do pensamento afluída de uma não linearidade histórica, que não procura respostas para questionamentos semelhantes, mas novas indagações “incompreensíveis para aqueles que não participaram dos novos vocabulários nos quais essas perguntas começam a ficar interessantes” (Ghiraldelli Júnior, 1999, p. 51). Essa assertiva não despreza o pretérito, tanto que os dois primeiros capítulos da tese foram reservados à revisão teórica da causalidade jurídica e das suas flexibilizações.

Nessa senda, a formação da circunstância danosa confirma a necessidade de se propugnar uma travessia da responsabilidade civil e consumerista para a responsabilidade por danos, substrato dogmático que açambarca a ideia ora em proposição, talvez, mais apropriada aos reclamos advindos da faticidade jurídica, “sujeitando-se os conceitos à realidade e não a realidade aos conceitos” (Pianovski Ruzyk, 2012, p. xxi). Isso leva à ratificação acerca da adequabilidade dos instrumentos teóricos utilizados pela literatura jurídica e pela jurisprudência para aferir a causalidade e a imputação jurídica de responsabilidades, se analisados sob o prisma de priorização da vítima.

A formação da circunstância danosa explicita a transcensão do individual para o social plasmada pela alteridade, tendo por fim a tutela adequada da vítima e a consecução da justiça social, sem que se ofereçam critérios definitivos para a sua configuração, pois, se isso for feito, estar-se-á requerendo que a definitividade dos critérios delimite o futuro do tamanho do presente, o que não é possível (Ghiraldelli Júnior, 1999, p. 77).

Nesse passo, o futuro deve ser diferente do passado e não somente reproduzir o que com ele comunga, não somente contemplando, observando, descrevendo ou examinando o que acontece na realidade, mas ser prudente (*phronéo*) e propor alternativas diante de casos concretos, sem agendas fixas, uma vez que linguagens do passado podem estar em conflito com as necessidades concretas do futuro (Ghiraldelli Júnior, 1999, p. 90-92).

Enuncia-se que a formação da circunstância danosa permite a imputação de responsabilidade civil ou consumerista a alguém pela coligação e (ou) a correlação entre fatores naturais e (ou) condutas omissas e comissivas de sujeitos de direito que contribuíram para a ocorrência do dano. Tal coligação ou correlação de eventos danosos pode se dar em relação ao responsável pela atividade, à atividade, à vítima ou ao dano.

Dessa maneira, a formação da circunstância danosa abrange, na perspectiva da causalidade jurídica, a inserção dos elementos incerteza, complexidade e probabilidade, com a imputação da responsabilidade sendo verificada por meio dos fatores: (i) subjetivo (culpa e dolo, para quem ainda admite alguma função da culpa e do dolo no âmbito da responsabilidade por danos); (ii) objetivo (equidade, risco e garantia); (iii) sacrifício (fatos jurídicos lícitos ensejadores de responsabilização, de prevenção, de precaução e de reparação de danos), assim como pelo (iv) domínio ou poder fático, econômico, social, jurídico, entre outros, da atividade (habitual ou não; onerosa ou não) desenvolvida pelo agente responsável ou por outro garante da precaução, da prevenção e da reparação do dano.

Essa construção possibilita que externidades correlatas e coligadas à atividade e (ou) ao responsável ou ao dano não mais ensejem a interrupção da causalidade e (ou) a ausência de responsabilidade pelo dever de precaução, de prevenção e de reparação, exceto nos reduzidos casos de exclusão total ou parcial de responsabilidade do agente, pois a vítima não pode ser punida por danos, potenciais e concretos, que não contribuiu para sofrê-los.

Procura-se mais a esperança do que as certezas, na qual a objetividade cede espaço para a intersubjetividade ou solidariedade, fomentando-se a imaginação para a solução desses novos problemas e não para a manutenção do *status quo*: desproteção da vítima pela manutenção das teorias do nexo causal, da presunção de causalidade e da probabilidade estagnada no percentual igual ou superior a 50% para que se caracterize a causalidade e se viabilize a imputação de responsabilidade ao agente.

A temática da causalidade complexa tem sido foco da preocupação da literatura jurídica, como elucida LORENZETTI:

Os vínculos sociais se estabelecem sobre uma base territorial cada vez mais extensa, em tempos cada vez mais intensos, com uma participação de milhares de sujeitos que atuam entre si ao mesmo tempo, incrementando a complexidade. Tudo está interconectado, os vínculos de causa e efeito se estabelecem sobre uma base territorial cada vez mais extensa, em tempos cada vez mais intensos, com uma participação de milhares de sujeitos que atuam entre si ao mesmo tempo, incrementando a complexidade. Tudo está interconectado, e os vínculos de causa e de efeito se estabelecem em múltiplos níveis difíceis de discernir, de maneira que uma perturbação, muito débil a princípio, é suficiente para impor progressivamente um novo ritmo macroscópico (Lorenzetti, 2009, p. 67).

Dessa maneira, independentemente do grau de probabilidade de ocorrência do evento danoso, os seus efeitos não podem ser transferidos à vítima, salvo se ela contribuiu para o evento danoso. As externidades devem ser abarcadas por quem tem o domínio da atividade ou pelo fato do evento a ela se coligar ou correlacionar, em razão da assimetria de poder existente entre as partes.

Nessa linha, o lesante é quem deve internalizar os custos dos acidentes no âmbito da atividade que desenvolve e não repassá-los a vítima, assimetricamente vulnerável em relação ao lesante ou responsável.

Extraí-se um exemplo da jurisprudência norte-americana de causalidade probabilística, no caso *Sindell vs. Abbot Laboratories*. O caso retratava a hipótese de um medicamento antiabortivo, fabricado por onze laboratórios, chamado DES elevar a possibilidade de câncer nas mulheres em que as mães usaram o medicamento durante a gravidez. Essa consequência se confirmou, o que ensejou o ajuizamento de demandas judiciais contra os fabricantes, sendo impossível estabelecer o nexo causal de cada laboratório réu com o dano experimentado pelas vítimas.

Diante disso, estabeleceu-se a causalidade provável entre o fato danoso e o dano, com cada laboratório tendo sido responsabilizado por uma parte dos danos, cujo critério estabelecido foi o percentual de vendagem realizada por cada

laboratório. Noutros termos, cada fabricante se responsabilizou pelo risco equivalente à quantidade de medicamento que ele colocou no mercado (Alberto Díaz, 1998, p. 160).

O caso acima demonstrou que a causalidade provável é aferida com base em estatísticas que sustentariam a causalidade, com o coeficiente de probabilidade refletido diretamente na reparação em favor da vítima. Nesse passo, o magistrado não negaria a reparação pela incerteza da causalidade, como se verifica no art. 1.227 do Código Civil italiano e nos casos de perda de uma chance. Pode-se utilizar a verossimilhança como critério da probabilidade, como se afere dos arts. 6º, VIII, do CDC e 273 do CPC.

Mesmo que a probabilidade fosse pequena, o laboratório deveria reparar o dano pelo risco proveito da atividade e pela possibilidade impossibilidade de sua transferência para vítima. A responsabilidade pela atividade abarca a legítima expectativa acerca da qualidade, da quantidade e das informações atinentes aos referidos objetos, até para se saber se o fornecedor assumiu os riscos em relação à atividade que exerce e aos bens e serviços postos no mercado de consumo. Nessa linha, a responsabilidade pelo risco trata dos perigos específicos que o bem ou o serviço trazem consigo, sem afastar os riscos imprevisíveis ou excepcionais, objetivamente indicados, é que são enquadrados neste tipo de responsabilidade.

Nessa linha, o desvalor do resultado deve ser um critério apto a caracterizar a causalidade complexa e a imputação da responsabilidade, com base na formação da circunstância danosa, como nas situações a seguir descritas:

(i) atividade ilícita ou em abuso do direito (CC, art. 927) ou mesmo nas atividades lícitas que majorem o risco para terceiros ou para o Estado;

(ii) *causalidade natural*, aquele que exerce o controle sobre a coisa, pessoa ou atividade empresária, mas não evita o dano, ou o risco advém da própria atividade *profissional ou empresarial* deve reparar, mesmo que o dano nasça da conduta de terceiros, pelo caso fortuito ou de força maior ou pelo fato da vítima, como no caso dos transportes, do estabelecimento hospitalar ou do estabelecimento educacional. Isso porque existe uma assunção profissional de proteger tais pessoas ou pelo fato de o agente deter a possibilidade de redução de riscos (Herkenhoff, 2006, p. 416);

(iii) *ausência de causalidade natural*, porque o responsável pela reparação não causou de forma natural o dano, todavia, em decorrência da atividade que pratica e afeta terceiros, é o responsável pela reparação, em razão da certeza ou da

probabilidade da lesão. O seguro contratual e o seguro social são exemplos de responsável pela reparação de danos causados por terceiros, que pode excluir ou não a responsabilidade do causador naturalístico (Herkenhoff, 2006, p. 416);

(iv) *ausência de atividade perigosa*, entretanto, traz prejuízos derivados da aludida atividade, como a poluição, a aglomeração de pessoas, com a possibilidade de tumulto, devendo o ônus ser suportado por todos que se beneficiam da atividade, podendo-se incluí-los nos custos da atividade. Há a transferência ilícita do ônus da atividade, acarretadora de um enriquecimento sem causa, fator de chamamento do beneficiário da atividade, tendo contribuído (ou não) para a transferência indevida do ônus da atividade. Efetiva-se a falta de causa para o enriquecimento sem causa do beneficiário da atividade, a objetivar a reparação (Herkenhoff, 2006, p. 416).

Dessa maneira, o direito brasileiro acolheria a possibilidade de responsabilização pelo risco do desenvolvimento do bem e/ou serviço em razão da impossibilidade de se aferir os efeitos deletérios dos mencionados objetos ao tempo de sua pesquisa e inserção no mercado de consumo (em sentido contrário: Calixto, 2004, p. 187-190).

Outra situação possível seria aquela atinente aos fortuitos externos, que muitos deles não seriam acolhidos para fins de exclusão do dever de reparar. Exemplo disso, pode se extrair de um caso de sequestro de um avião que fazia o trajeto Brasília-Curitiba. A vítima poderia ajuizar uma demanda reparatória em desfavor da companhia aérea?

Pelas teorias do nexo causal e pela perspectiva de presunção de causalidade não haveria previsibilidade ou probabilidade maior que 50% de ocorrência do evento, o que afastaria a responsabilidade da companhia aérea com base na construção teórica do fortuito externo. Isso porque não haveria conexão entre o evento danoso e a atividade desenvolvida pela companhia aérea, a afastar qualquer tipo de reparação à vítima, que deveria demandar contra o sequestrador, pois à *Infraero* seria aplicada a teoria do fortuito externo pelos mesmos fundamentos.

A ideia de formação da circunstância danosa conferiria outra resposta. Existe uma relação assimétrica entre a companhia aérea e a *Infraero* e a vítima. Esta não contribuiu para o evento danoso, com a incerteza em relação ao fato danoso não ensejando a irresponsabilização do lesante, pois o evento, diante da causalidade complexa, está coligado ou correlacionado à atividade desenvolvida pela *Infraero* e pela companhia aérea. Isso enseja uma imputação de responsabilidade valorada pelo

critério objetivo de valoração, com os responsáveis podendo compartilhar (ou não) o prejuízo em eventual demanda regressiva.

Desse modo, não se pode autorizar uma transferência de ônus à vítima, que deve ter uma tutela prioritária no que tange à precaução, à prevenção e à reparação de danos, a demonstrar no caso analisado que a alteridade e a justiça social fundam a resposta retirada do constructo delineado pela formação da circunstância danosa.

Por isso, a formação da circunstância danosa permite o diálogo entre o texto e contexto do qual emerge a normatividade relacionada aos danos potenciais e concretos, a ratificar a perspectiva do direito problemático, crítico e prospectivo, com ênfase nas medidas que procurem evitar danos; se estes ocorrerem ou for impossível ao responsável pela atividade contê-los, salvo raras exceções (ex: inundação no sertão do Ceará, neve no nordeste brasileiro, entre outros), à vítima não se pode imputar tais consequências, em razão da sua posição de (hiper)vulnerabilidade em relação ao dano e ao responsável.

A formação da circunstância danosa, portanto, é um caminho que pode ser trilhado por aqueles que visam repartir o custo social dos danos, atualmente em grande parcela imposto à vítima pelas teorias do nexo causal e pelas presunções de causalidade. Não há, por conseguinte, um possível aumento do custo social se a formação da circunstância danosa for acolhida, pois, repisa-se, o que se está a fazer é desonerar a vítima de tal ônus, em homenagem aos pressupostos axiológico (alteridade) e teleológico (justiça social) relacionado a categoria jurídica em construção, e imputá-los a quem tem melhores e maiores condições de suportá-lo.

Espera-se que a ideia de formação da circunstância danosa possa reabrir, em outras bases, o debate acerca da causalidade e da imputação de responsabilidades no direito civil e consumerista brasileiro, a fim de que as vítimas possam ser mais respeitadas. Isso porque a situação de propagação danosa na sociedade vigente encontra-se em um nível insuportável, a implicar profunda reflexão sobre o que construímos e como decidimos as questões relacionadas à temática da responsabilidade por danos no Brasil.

CONCLUSÃO

O percurso levado a efeito nesta tese permitiu arrematar que a formação da circunstância danosa inflete de forma efetiva na primazia da vítima de danos potenciais e concretos, materiais e (ou) extramateriais. Esse caminho toma como luz, contextualmente, a normativa constitucional e infraconstitucional crítica e prospectiva, tendo por objeto situações e relações jurídicas concretas, a assomar a oportunidade de cotejar alguns apontamentos conclusivos.

A sociedade contemporânea é plasmada por significantes como desassossego, globalização, medo, risco, hiperconsumo e, por que não, *danos*. Esses significantes projetam significados diversos, mas convergentes em um ponto: o evento danoso propaga-se geometricamente por meio de danos anônimos ou conhecidos, a tornar tal situação ordinária e permanente no cotidiano social brasileiro. Ressalte-se, todavia, que os pressupostos modernos e contemporâneos da responsabilidade civil, a saber, foco na conduta do lesante, ética da liberdade, responsabilidade com dano concreto, culpa, dolo, risco, nexo de causalidade, entre outros, apresentam uma resposta qualitativamente em regressão geométrica. Isso porque a conduta do lesante, lastreada no personalismo ético, continua a guiar a interpretação no momento de se conceder a reparação, como, por exemplo, se viu na discussão relacionada às construções de fortuito ou força maior externa e interna.

O beneplácito obtido se restringiu à ideia de risco e de culpa concorrente, no momento em que há concausalidade e (ou) coautoria de mais de uma causa ou lesante para um mesmo evento danoso, ou seja, distribui-se, com fulcro nos arts. 944 e 945 do CC, a responsabilidade civil e consumerista de cada um na forma pela qual as partes assumiram os riscos e a culpa ensejadores do evento danoso negocial ou extranegocial, embora tal dicotomia diferenciadora das responsabilidades, para esta tese, não faça sentido na atualidade, como posto no CDC desde 1990.

Esse cenário, mesmo em uma perspectiva relativizada, favorece a seguinte reflexão: a socialização dos danos, por meio de uma lógica de mercado – ex.: securitização social e privada –, lastreada em ideários advindos da análise econômica

do direito e que tratam as vítimas como “soberanas”, ciosas e informadas, ao fim e ao cabo, intenciona retomar, em diversos casos, a contemplação do acidente como fatalidade.

Nesse passo, referenda-se o Direito *à la carte*. Neste, o “jogo está jogado” antes do seu início, porquanto o cálculo econômico-financeiro e social da atividade a ser desenvolvida ou já em andamento ampara a não precaução e a não prevenção aos danos, já que, normalmente, tais preocupações são mais onerosas para quem exerce as mencionadas atividades não necessariamente onerosas e habituais. As reparações conferidas às vítimas também integram esta equação, a majorar o paradoxo da reparação que não repara, mas confere sobejos às vítimas. Com isso permanece um constante estado de exceção, que normaliza a patologia gestada e gerada por essa visão canhestra do Direito e do Outro, mantenedora do *status quo*.

É inadiável, dessa forma, pensar em uma responsabilidade por danos potenciais e concretos, materiais e extramateriais, que objetive o resultado para aferir os danos que devem ser reparados, a partir das seis perspectivas: (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade, previsível ou provável, pela causalidade complexa; (v) prioridade na precaução e na prevenção e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao dano potencial ou concreto e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.

Das perspectivas acima, o recorte realizado nesta pesquisa abarcou a substituição do nexo de causalidade, previsível ou de alta probabilidade, pela causalidade complexa, com a tese demonstrando as vantagens da mencionada transição. Essa travessia tem por *leitmotiv* a revisão e a desconstrução de diversas premissas que embasam as teorias do nexo causal (previsibilidade e probabilidade), as flexibilizações deste (probabilidade estatística e lógica) e as hipóteses de afastamento total ou parcial de responsabilidade (fato da vítima, fato de terceiro e o caso fortuito ou de força maior).

A causalidade jurídica pode, nos moldes alocados pelas teorias do nexo causal e pela ideia de presunção de causalidade, ser dividida em dois modos: previsibilidade dedutível (ou não) pela determinação unívoca e infalível entre fato jurídico e dano; probabilidade alta de ocorrência do dano, visualizada estatisticamente e (ou) logicamente. Esses dois modos de perceber a causalidade jurídica estão presentes em

diversos institutos como o caso fortuito ou de força maior, o fato de terceiro, o fato da vítima, a causalidade virtual, a causalidade alternativa, a responsabilidade dos grupos, a imputação objetiva e a *presunção de causalidade*, embora estes três últimos institutos possam ser enquadrados como hipóteses de presunção causal.

Essas proposições colocam à margem diversas situações em que a vítima, mesmo sem haver contribuído para o evento danoso, fica desamparada de qualquer tipo de reparação pelo dano, bem como se revela tímida a concretização dos princípios da precaução e da prevenção, porque a causalidade por essas construções não é demonstrada. Daí emergiu o tema-problema-tese: o instrumental técnico-teórico, lastreado nas teorias do nexos causal e na presunção de causalidade, é suficiente para promover a alteridade e para concretizar a tutela da vítima ou é um mecanismo que contradiz a alteridade e não efetiva a tutela prioritária da vítima que sofre danos reparáveis?

Para o enfrentamento desse problema, arguiu-se se seria possível imputar a alguém a responsabilidade por danos na ambiência civil e consumerista, sem que estivesse presente o nexos causal, previsível ou altamente provável, entre o fato danoso e o dano, com amparo na ideia construída nesta pesquisa de formação da circunstância danosa, que não descarta das questões trazidas pela incerteza, pelo risco e pela complexidade. Isso demandou a comprovação da hipótese de pesquisa lançada, com a reconstrução da ideia de causalidade jurídica, que possibilita imputar a alguém a responsabilidade por danos na ambiência civil e consumerista em diversas hipóteses antes margeadas pelo direito civil e do consumidor pátrio.

Provou-se que a tutela prioritária da vítima não é atendida de maneira integral pelo referido instrumental técnico-teórico. Ratificou-se a ideia da formação da circunstância danosa como um critério com melhor aptidão para imputar a responsabilidade ao causador direto do dano ou a outro responsável, independentemente de haver nexos de causalidade ou presunção de causalidade de determinado fato, nos moldes construídos até o momento.

A formação da circunstância danosa admite a coligação e (ou) a correlação entre fatores naturais e (ou) condutas omissas e comissivas de sujeitos de direito que contribuíram para a ocorrência do dano, bem como permite a imputação de responsabilidade a alguém pelo evento danoso. Tal coligação ou correlação de eventos danosos pode se dar em relação à atividade, ao dano, à vítima, ao lesante e (ou) responsável pela precaução, prevenção e (ou) reparação.

A formação da circunstância danosa abrange, na perspectiva da causalidade jurídica, a inserção dos elementos incerteza, complexidade e probabilidade, com a imputação da responsabilidade sendo verificada por meio dos fatores: (i) subjetivo (culpa e dolo, para quem ainda admite alguma função da culpa e do dolo no âmbito da responsabilidade por danos); (ii) objetivo (equidade, risco e garantia); (iii) sacrifício (fatos jurídicos lícitos ensejadores de responsabilização, de prevenção, de precaução e de reparação de danos), assim como pelo (iv) domínio ou poder fático, econômico, social, jurídico, entre outros, da atividade (habitual ou não; onerosa ou não) desenvolvida pelo agente responsável ou por outro garante da precaução, da prevenção e da reparação do dano. Essa construção possibilita que externidades correlatas e coligadas à atividade e (ou) ao responsável ou ao dano não mais ensejem a interrupção da causalidade e (ou) a ausência de responsabilidade pelo dever de precaução, de prevenção e de reparação, exceto nos reduzidos casos de exclusão total ou parcial de responsabilidade do agente, pois a vítima não pode ser punida por danos, potenciais e concretos, que não contribuiu para sofrê-los.

A formação da circunstância danosa foi erigida com base em uma metodologia civil constitucional crítico-prospectiva, o que possibilitou enxergar a alteridade como pressuposto ético e a justiça social como fim a ser atingido em cada caso concreto, por meio da mencionada construção teórica. Ratifica-se, portanto, a priorização da vítima, projetando-se o exercício de direitos e de deveres de forma responsiva pelos sujeitos de direito, valorizando-se a precaução, a prevenção e uma adequada reparação de danos.

Por esse prisma, a formação da circunstância danosa se afasta das ideias de voluntarismo e de personalismo ético, presentes nas teorias do nexo causal e nas de presunção de causalidade, visto que ao invés de trabalhar com a perspectiva do “eu individual” – *“mais liberdade e menos responsabilidade”* –, projeta a ideia do “nós”, em razão da alteridade e da justiça social que embasam a categoria jurídico-normativa. Em outras palavras, passa-se da ética da liberdade para a liberdade ética em todas as suas dimensões – formal, negativa, material e positiva –, a partir da transcensão individual-social. A tese, nesse viés, compartilha o desígnio prospectivo explicitado por LUIZ EDSON FACHIN, no qual se delineiam cenários possíveis de acordo com a perquirição do vigente e com a ressignificação contextualizada dos institutos jurídicos.

Desse modo, a categoria apresentada nesta tese procura a efetivação de um

direito civil e consumerista adequado às necessidades fundamentais e concretas daqueles que dele se socorrem, fincando-se em dois pilares: (i) na permanência da intencionalidade de justiça, entre nós justiça social, como constitutiva do Direito, sendo muitas vezes necessário escutar os silêncios legislativos, doutrinários e jurisprudenciais para a postulação de outras perguntas e respostas aos questionamentos hauridos da sociedade; (ii) na indispensável leitura prospectiva e constitucionalizada das questões jurídicas postas em debate, dado que esta leitura apreende concretamente o sujeito, as situações e as relações jurídicas em que ele se encontra imerso nos espaços público e privado, não o subvertendo, entretanto, a concepções individualistas e coletivistas, assim como demonstrando a relevância da consciência e da prática da alteridade, que ressignificam o conviver individual e social.

Pretende-se também que a construção teórico-prática da tese auxilie na interface do direito abstrato com a realidade concreta, a fim de densificar os direitos fundamentais e os pilares hermenêuticos de uma sociedade mais justa e igualitária, tendo em vista que conecta diversos matizes teóricos que sustentam uma perspectiva de uma responsabilidade por danos potenciais e concretos, a partir da formação da circunstância danosa, coadunando-se com o refletir de CASTANHEIRA NEVES: “a conquista diuturna de direitos pelos homens imputa, concomitantemente, a ele e a todos, maiores responsabilidades”.

A proposição aqui exposta, um tema sempre aberto à reconstrução teórica e prática na dogmática jurídica crítica, começa onde a causalidade, tradicional e flexibilizada, se apequena em face da complexidade e da incerteza inerentes às relações sociais, com percursos que podem se sombrear, não obstante a formação da circunstância danosa, a partir da alteridade e da justiça social, seja um facho de luz para reescrever as possibilidades de um novo olhar para o Direito e para a própria vida, quiçá, mais bem desvelada na reflexão de ALBERT CAMUS em *o Mito de Sísifo*:

A Liberdade e a Justiça

A revolução do século XX separou arbitrariamente, para fins desmesurados de conquista, duas noções inseparáveis. A liberdade absoluta mete a justiça a ridículo. A justiça absoluta nega a liberdade. Para serem fecundas, as duas noções devem descobrir os seus limites uma dentro da outra. Nenhum homem considera livre a sua condição se ela não for ao mesmo tempo justa, nem justa se não for livre. Precisamente, não pode conceber-se a liberdade sem o poder de clarificar o justo e o injusto, de reivindicar todo o ser em nome de uma parcela de ser que se recusa a extinguir-se. Finalmente, tem de haver uma justiça, embora bem diferente, para se restaurar a liberdade, único valor imperecível da história. Os

homens só morrem bem quando o fizeram pela liberdade: pois, nessa altura, não acreditavam que morressem por completo.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, NICOLA. **DICIONÁRIO DE FILOSOFIA**. TRAD. ALFREDO BOSI E IVONE CASTILHO BENEDETI. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2007.
- ABREU E SILVA, ROBERTO DE. **A FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL**. 2.ED. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2005.
- ADAMS, JOHN. **RISCO**. TRADUÇÃO LENITA RIMOLI ESTEVES. SÃO PAULO: SENAC, 2009.
- AGAMBEN, GIORGIO. **O QUE É CONTEMPORÂNEO? E OUTROS ENSAIOS**. TRAD. VINÍCIUS NICASTRO HONESKO. ARGOS: CHAPECÓ, 2010.
- AGAMBEN, GIORGIO. **INFÂNCIA E HISTÓRIA. DESTRUIÇÃO DA EXPERIÊNCIA E ORIGEM DA HISTÓRIA**. TRAD. HENRIQUE BURIGO. BELO HORIZONTE: UFMG, 2005.
- AGUIAR DIAS, JOSÉ DE. **DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. 12 ED. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2011.
- ALBERTO DÍAZ, JÚLIO. **RESPONSABILIDADE COLETIVA**. BELO HORIZONTE: DEL REY, 1998.
- ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO DE. **DIREITO DAS OBRIGAÇÕES**. 12.ED. LISBOA: ALMEDINA, 2011.
- ALTERINI, ATILIO ANIBAL. **RESPONSABILIDAD CIVIL: LIMITES DE LA REPARACIÓN CIVIL**. BUENOS AIRES: ABELEDO PERROT, 1974.
- ALTHEIM, ROBERTO. A ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE ATIVIDADES NATURALMENTE ARRISCADAS E O PROBLEMA DO NEXO DE CAUSALIDADE. IN: TEPEDINO, GUSTAVO; FACHIN, LUIZ EDSON. **DIÁLOGOS SOBRE DIREITO CIVIL**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2008, v.2, p. 427-453.
- ALTHEIM, ROBERTO. **DIREITO DE DANOS: PRESSUPOSTOS CONTEMPORÂNEOS DO DEVER DE INDENIZAR**. CURITIBA: JURUÁ, 2008A.
- ALVES, ANA CLARA DA ROSA. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SISTEMAS CAÓTICOS NO DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO. **DISSERTAÇÃO DE MESTRADO** DEFENDIDA EM 2013 NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL.
- ALVIM, AGOSTINHO **DA INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES E SUAS CONSEQÜÊNCIAS**. 2.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 1995.
- AMARAL, FRANCISCO. A EQUIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. **REVISTA DO CEJ**, BRASÍLIA, N. 25, P. 16-23, 2004.
- AMARAL, FRANCISCO. **DIREITO CIVIL. INTRODUÇÃO**. 7.ED. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2008.
- ANCONA LOPES, TERESA. **NEXO CAUSAL E PRODUTOS POTENCIALMENTE NOCIVOS: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO TABACO**. SÃO PAULO: QUARTIER LATIN, 2008.
- ANTOLISEI. **MANUALE DI DIRITTO PENALE – PARTE GENERALE**. ROMA: GIUFFRÈ, 1947.
- ARISTÓTLES. **METAFÍSICA**. TRAD. LEONEL VALLANDRO. PORTO ALEGRE: GLOBO, 1969.
- ARONNE, RICARDO. ONTOLOGIA E SIMULACRO NA PÓS-MODERNIDADE DE JANUS: ALTERIDADE E IMPOSSIBILIDADE FACE À SÍNDROME DE PERSEU. **RAZÃO & CAOS NO DISCURSO JURÍDICO E OUTROS ENSAIOS DE DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL**. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2010, p. 76-93.
- ARONNE, RICARDO. **DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL E TEORIA DO CAOS**. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2006.
- ARONNE, RICARDO. ENSAIO PARA UM POSSÍVEL DISCURSO CIVIL-CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNO E EXISTENCIALISTA: A AVENTURA DA RACIONALIDADE DO DIREITO PRIVADO OU SUA IMPOSSIBILIDADE. **TESE DE PÓS-DOUTORAMENTO** DEFENDIDA NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR) EM 2012.

- AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE. APRESENTAÇÃO DA OBRA: HIRONAKA, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES. **RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA**. BELO HORIZONTE: DEL REY, 2005.
- AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA. CRÍTICA AO PERSONALISMO ÉTICO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO CÓDIGO CIVIL. EM FAVOR DE UMA ÉTICA BIOCÊNTRICA. IN: AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA; TÔRRES, HELENO TAVEIRA; CARBONE, PAOLO (COORDS.). **PRINCÍPIOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E OUTROS TEMAS: HOMENAGEM A TULLIO ASCARELLI**. SÃO PAULO: QUARTIER LATIN, 2008, p. 19-31.
- AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE. **NEGÓCIO JURÍDICO**. 4.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2002.
- AZEVEDO LOPES, OTHON DE. **RESPONSABILIDADE JURÍDICA – HORIZONTES, TEORIA E LINGUAGEM**. SÃO PAULO: QUARTIER LATIN, 2006.
- BANDEIRA, PAULA GRECO. NOTAS SOBRE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL. **DISPONÍVEL CIVILISTICA.COM - ANO 1. NÚMERO 2. 2012 EM: ACESSO EM: 10DEZ2012**.
- BAPTISTA, SILVIO NEVES. **TEORIA GERAL DO DANO**. SÃO PAULO: ATLAS, 2003.
- BARBOSA, FERNANDA NUNES; ANDREIS, MÔNICA. O ARGUMENTO DA CULPA DA VÍTIMA COMO EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA INDÚSTRIA DO CIGARRO: PROPOSTA DE REFLEXÃO. IN: MARQUES, CLAUDIA LIMA (COORD.). **REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR RDC**. SÃO PAULO: RT, ABR/JUN 2012, p. 61-86.
- BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. DUELO E PROCESSO. **REVISTA DE PROCESSO**, ANO 28, N. 112, p. 177-185, OUT./DEZ.2003.
- BARRETO, VICENTE DE PAULO; BRAGATO, FERNANDA FRIZZO. **LEITURAS DE FILOSOFIA DO DIREITO**. CURITIBA, JURUÁ, 2013.
- BARROS MONTEIRO, WASHINGTON. **CURSO DE DIREITO CIVIL – PARTE GERAL**. 35. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 1997.
- BARROS MONTEIRO, WASHINGTON. **CURSO DE DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES**. 30. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 1999.
- BARROSO, LUCAS ABREU. **A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR E A DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL**. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2006.
- BAPTISTA, SILVIO NEVES. **TEORIA GERAL DO DANO**. SÃO PAULO: ATLAS, 2003.
- BAUDRILLARD, JEAN. **SIMULACROS E SIMULAÇÃO**. TRAD. MARIA JOÃO DA COSTA PEREIRA. LISBOA: RELÓGIO D'ÁGUA, 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. *A Arte da Vida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BATIÊ, NOËL DEJEAN DE LA. **RESPONSABILITÉ DELICTUELLE**. PARIS: LIBRAIRIES TECHNIQUES, 1989.
- BECK, ULRICH. **SOCIEDADE DE RISCO: RUMO A UMA OUTRA MODERNIDADE**. TRAD. SEBASTIÃO NASCIMENTO. SÃO PAULO: EDITORA 34, 2010.
- BEDONE, IGOR VOLPATO. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE. SÃO PAULO: **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E RELAÇÕES DE CONSUMO**. FIUZA, p. 79-134, JAN/MAR 2011.
- BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN V. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO MEIO AMBIENTE. SÃO PAULO: RT, **REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL**, ANO 3, N.º 9, p. 5-52, JAN-MAR, 1988.
- BERNARDES DE MELLO, MARCOS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR E DO FORNECEDOR POR VÍCIO OU DEFEITO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO. IN: EHRHARDT JÚNIOR, MARCOS; BARROS, DANIEL CONDE DE (COORDS.). **TEMAS DE DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**. SALVADOR: BAHIA: JUS PODIVM, 2009, p. 483-505.
- BERNARDES DE MELLO, MARCOS. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EFICÁCIA: 1ª PARTE**. 3.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007.
- BERNARDES DE MELLO, MARCOS. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. 13.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007A.
- BETTI, EMILIO. **TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO**. TRAD. SERVANDA EDITORA. CAMPINAS (SP): SERVANDA EDITORA, 2008.

- BEVILÁQUA, CLÓVIS. **CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. EDIÇÃO HISTÓRICA. 3 TIR. RIO DE JANEIRO: EDITORA RIO, 1979, V. 1.
- BIANCA, MASSIMO. **DIRITTO CIVILE: LA RESPONSABILITÀ**. RISTAMPA. MILANO: GIUFFRÈ EDITORE, V.5, 2006.
- BORDIEU, PIERRE. **O PODER SIMBÓLICO**. 14 ED.. TRAD. FERNANDO TOMAZ. RIO DE JANEIRO: BERTRAND, 2010.
- BRANDÃO, CLAUDIO. **CURSO DE DIREITO PENAL – PARTE GERAL**. 2.ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2010.
- BRIZ, JAIME DOS SANTOS. **LA RESPONSABILIDAD CIVIL: DERECHO SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESUAL**. 6.ED. MADRID: EDITORIAL MONTECORVO, 1991, V. 2.
- BRUER, ROBERT. S. LOSS OF A CHANCE AS A CAUSE OF ACTION IN MEDICAL MALPRACTICE CASES. **MISSOURI LAW REVIEW**. FALL, 1994.
- BUERES, ALBERTO J. **DERECHO DE DAÑOS**. BUENOS AIRES: EDITORIAL HAMMURABI, 2001.
- BUERES, ALBERTO J. LA LOCALIZACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE. IN: FERNANDEZ, CARLOS LÓPEZ; CAUMONT, ARTURO; CAFFERA, GERARDO (COORD.). **ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL EN HOMENAJE AL PROFESOR JORGE GAMARRA**. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA, 2001A, P. 425-471.
- BUNGE, MARIO. **LA CAUSALIDAD: EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN LA CIENCIA MODERNA**. TRAD. HERNÁN RODRIGUEZ. BUENOS AIRES, ED. SUDAMERICANA, 1997.
- BUNGE, MARIO. **FÍSICA E FILOSOFIA**. TRAD GITA K. GUINSBURG. SÃO PAULO: PERSPECTIVA, 2012.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. UNA NUEVA TEORÍA EXPLICATIVA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD – “THÉORIE DU CHEMINEMENT OU DE L’EMPREINTE CONTINUE DU MAL”. LA LEY, 1991-E-1381.
- CALIXTO, MARCELO JUNQUEIRA. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS PELO RISCO DO DESENVOLVIMENTO**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2004.
- CAMARGO, ANTÔNIO LUÍS CHAVES. **IMPUTAÇÃO OBJETIVA E DIREITO PENAL BRASILEIRO**. SÃO PAULO: CULTURAL PAULISTA, 2002.
- CAMPOS FILHO, PAULO BARBOSA DE. **O PROBLEMA DA CAUSA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**. SÃO PAULO: MAX LIMONAD, S.D.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. **ESTADO DE DIREITO**. LISBOA: GRADIVA, 1999.
- CAPECCHI, MARCO. **IL NESSO DI CAUSALITÀ: DALLA CONDIZIO SINE QUA NON ALLA RESPONSABILITÀ PROPORZIONALE**. 3.ED. PADOVA: CEDAM, 2012.
- CAPELOTTI, JOÃO PAULO. O NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL: ENTRE A CERTEZA E A PROBABILIDADE. **DISSERTAÇÃO DE MESTRADO** DEFENDIDA EM 2012 NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ.
- CAPITANT, HENRI. **DE LA CAUSE DES OBLIGATIONS**, 3. ED. LIBRAIRIE DALLOZ, PARIS, 1927.
- CARBONNIER, JEAN. **DROIT CIVILES OBLIGATIONS**. 5.ED. PARIS: PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 1985.
- CÁRCOVA, CARLOS MARÍA. **LAS TEORIAS JURÍDICAS POST POSITIVISTAS**. 2. ED. BUENOS AIRES: ABELEDO PERROT, 2009.
- CARUSO, FRANCISCO; OGURI, VITOR. **FÍSICA MODERNA: ORIGENS CLÁSSICAS E FUNDAMENTOS QUÂNTICOS**. RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2006.
- CARVALHO, DÉLTON WINTER DE. **DANO AMBIENTAL FUTURO: A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO RISCO AMBIENTAL**. RIO DE JANEIRO: FORENSE, UNIVERSITÁRIA, 2008.
- CARVALHO, ORLANDO DE. **A TEORIA GERAL DA RELAÇÃO JURÍDICA: SEU SENTIDO E LIMITES**. 2.ED.COIMBRA: CENTELHA, 1981, V.1.
- CARVALHO NETO, MENELICK DE; SCOTTI, GUILHERME. **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A (IN)CERTEZA DO DIREITO**. BELO HORIZONTE: FÓRUM, 2011.
- CASILLO, JOÃO. **DANO À PESSOA E SUA INDENIZAÇÃO**. 2.ED. SÃO PAULO: RT, 1994.
- CASINI, PAOLO. **AS FILOSOFIAS DA NATUREZA**. TRAD. ANA FALCÃO BASTOS E LUIS LEITÃO. LISBOA:

PRESENÇA, 1975 (BIBLIOTECA DE TEXTOS UNIVERSITÁRIOS).

CASTANHEIRA NEVES, A. **O ACTUAL PROBLEMA METODOLÓGICO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**. COIMBRA: COIMBRA EDITORA, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. O “JURISPRUDENCIALISMO” – PROPOSTA DE UMA RECONSTITUIÇÃO CRÍTICA DO SENTIDO DO DIREITO. IN: SANTOS COELHO, NUNO M.M.; SILVA, ANTÔNIO SÁ DA (COORDS.). **TEORIA DO DIREITO: DIREITO INTERROGADO HOJE – O JURISPRUDENCIALISMO: UMA RESPOSTA POSSÍVEL?** SALVADOR: JUSPODIVM, 2012, P. 9-79.

CASTANHEIRA NEVES, A. JUSTIÇA E DIREITO. IN: CASTANHEIRA NEVES, A. **DIGESTA: ESCRITOS ACERCA DO DIREITO, DO PENSAMENTO JURÍDICO DA SUA METODOLOGIA E OUTROS**. LISBOA: COIMBRA EDITORA, 1995, V.1, P. 241-286.

CASTELLO BRANCO, ELCIR. NEXO CAUSAL. IN: LIMONGI FRANÇA, RUBENS. **ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO**. SÃO PAULO: SARAIVA, 1977, V. 54, P. 205-207.

CASTRO, TORQUATO. **DA CAUSA NO CONTRATO**. RECIFE: IMPRENSA UNIVERSITÁRIA, 1966.

CASTRO JÚNIOR, TORQUATO. **A PRAGMÁTICA DAS NULIDADES E A TEORIA DO ATO JURÍDICO INEXISTENTE**. SÃO PAULO: NOESSES, 2009.

CATALAN, MARCOS. **A MORTE DA CULPA NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL**. SÃO PAULO: RT, 2013.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. **PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL**. 9.ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2010.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO; DIREITO, CARLOS ALBERTO MENEZES. IN: TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO (COORD.). **COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL. DA RESPONSABILIDADE CIVIL, DAS PREFERÊNCIAS E PRIVILÉGIOS CREDITÓRIOS**. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2004, V. 13.

CHAMOUN, ERBERT. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO ROMANO**. 6.ED. RIO DE JANEIRO: EDITORA RIO, 1977.

CHAVES, ANTONIO. CAUSA (DIREITO CIVIL II). IN: LIMONGI FRANÇA, RUBENS. **ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO**. SÃO PAULO: SARAIVA, 1977, V. 14, P. 34-44.

CHUEIRI, VERA KARAM DE. AGAMBEN E DERRIDA: A ESCRITA DA LEI (SEM FORMA). **PENSAR (UNIFOR)**, V. 16, P. 795-824, 2011.

CHUEIRI, VERA KARAM DE. PREFÁCIO. IN: CARVALHO NETO, MENELICK DE; SCOTTI, GUILHERME. **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A (IN)CERTEZA DO DIREITO**. BELO HORIZONTE: FÓRUM, 2011A, P. 7-12.

COELHO, LUIZ FERNANDO. **TEORIA CRÍTICA DO DIREITO**. 3. ED. BELO HORIZONTE: DEL REY, 2003.

COELHO, LUIZ FERNANDO. **SAUDADE DO FUTURO**. 2.ED. CURITIBA: JURUÁ, 2007.

COELHO, LUIZ FERNANDO. DIREITO E COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA – HOMENAGEM A NIKLAS LUHMANN. **IUS GENTIUM**, CURITIBA, ANO 3, N. 6, P. 115-133, JUL./DEZ. 2009.

COLEMAN, JULES L. **RIESGOS Y DAÑOS**. TRAD. DIEGO M. PAPAYANNIS. MADRID: MARCIAL PONS, 2010.

COOTER, ROBERT; ULEN, THOMAS. **DIREITO & ECONOMIA**. 5.ED. TRAD. LUIS MARCOS SANDER E FRANCISCO ARAÚJO DA COSTA. PORTO ALEGRE: BOOKMAN, 2010.

CORTIANO JÚNIOR, EROULTHS. PARA ALÉM DAS COISAS (BREVE ENSAIO SOBRE O DIREITO, A PESSOA E O PATRIMÔNIO MÍNIMO). IN: FACHIN, LUIZ EDSON *ET AL.* **DIÁLOGOS SOBRE DIREITO CIVIL**. RENOVAR: RIO DE JANEIRO: 2002, P. 155-165.

COSTA, ALEXANDRE ARAUJO. **INTRODUÇÃO AO DIREITO: UMA PERSPECTIVA ZETÉTICA DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS**. PORTO ALEGRE: SERGIO FABRIS, 2001.

COSTA, FÁBIO ANTÔNIO DA; VIDEIRA, ANTÔNIO AUGUSTO PASSOS. APRESENTAÇÃO AO MANUSCRITO DE 1942. IN: HEISENBERG, WERNER. **A ORDENAÇÃO DA REALIDADE**. TRAD. MARCO ANTÔNIO CASANOVA. RIO DE JANEIRO: FORENSE UNIVERSITÁRIA, 2009, P. VI-XXXVIII.

COSTA, NATHALIA. A VIOLÊNCIA DOS GRUPOS. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.REVISTAOVIES.COM/REPORTAGENS/2009/12/A-VIOLENCIA-DOS-GRUPOS/](http://www.revistaovies.com/reportagens/2009/12/a-violencia-dos-grupos/) ACESSO: 02 DE JUNHO DE 2013.

COUTO E SILVA, CLÓVIS VERÍSSIMO DO. RESPONSABILIDAD ALTERNATIVA Y ACUMULATIVA. IN: FRADERA, VERA JACOB DE (ORG.). **O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO NA VISÃO DE CLÓVIS DE COUTO**. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997, P. 235-242.

- COUTO E SILVA, CLÓVIS VERÍSSIMO DO. TEORIA DA CAUSA NO DIREITO PRIVADO. IN: FRADERA, VERA JACOB DE (ORG.). **O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO NA VISÃO DE CLÓVIS DE COUTO**. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997A, P. 59-71.
- COUTO E SILVA, CLÓVIS VERÍSSIMO DO. DEVER DE INDENIZAR. IN: FRADERA, VERA JACOB DE (ORG.). **O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO NA VISÃO DE CLÓVIS DE COUTO**. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997B, P. 191-215.
- COUTO E SILVA, CLÓVIS VERÍSSIMO DO. PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT BRESILIEN ET COMPARE. **COURS FAIT À LA FACULTÉ DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES DE ST. MAUR (PARIS XII)**, 1988.
- CREMA, ROBERTO. **INTRODUÇÃO À VISÃO HOLÍSTICA: BREVE RELATO DE VIAGEM DO VELHO AO NOVO PARADIGMA**. SÃO PAULO: SUMMUS, 1989.
- CUNHA GONÇALVES, LUIZ. **TRATADO DE DIREITO CIVIL**. COIMBRA: COIMBRA EDITORA, 1937, V.12.
- DE CUPIS, ADRIANO. **IL DANNO: TEORIA GENERALE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE**. MILANO: GIUFFRÈ, 1966.
- DELEUZE, GILLES. **EMPIRISMO E SUBJETIVIDADE: ENSAIO SOBRE A NATUREZA HUMANA SEGUNDO HUME**. TRAD. LUIZ B. L. ORLANDI. SÃO PAULO: EDITORA 34, 2001.
- DELLA GIUSTINA, VASCO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GRUPOS**. RIO DE JANEIRO: AIDÊ, 1991.
- DE PAGE, HENRI. **TRAITÉ ÉLEMENTAIRE DE DROIT CIVIL BELGE**. BRUXELLES-PARIS: BRUYLANT-SIREY, 1934, V.2.
- DERRIDA, JACQUES. **APORIAS**. TRANSLATED BY THOMAS DUTOIT. STANFORD: STANFORD UNIVERSITY PRESS, 2000.
- DERRIDA, JACQUES. **ADIEU TO EMMANUEL LEVINAS**. TRAD. PASCALE-ANNE BRAULT AND MICHAEL NAAS. STANFORD: STANFORD UNIVERSITY PRESS, 1999.
- DERRIDA, J; STIEGLER, B. *Échographies de la télévision*. Paris: Galilée-INA, 1996.
- DESCARTES, RENÉ. **DISCURSO DO MÉTODO**. TRAD. PAULO NEVES. PORTO ALEGRE: L&PM, 2008.
- DÍAZ, RODRIGO BARRÍA. EL DAÑO CAUSADO POR EL MIEMBRO INDETERMINADO DE UN GRUPO. **TESE DE DOUTORADO** DEFENDIDA NA UNIVERSIDADE DE SALAMANCA EM 2008.
- DUPUY, JEAN-PIERRE. **RENÉ GIRARD – O TEMPO DAS CATÁSTROFES: QUANDO O IMPOSSÍVEL É UMA CERTEZA**. TRAD. LILIA LEDON DA SILVA. SÃO PAULO: REALIZAÇÕES EDITORA, 2011.
- EHRHARDT JÚNIOR, MARCOS. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DA BOA-FÉ ENQUANTO DEVER GERAL DE CONDUTA. **TESE DE DOUTORADO** DEFENDIDA NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO EM 2012.
- EHRHARDT JÚNIOR, MARCOS. A NOVA ORDEM DAS RELAÇÕES PRIVADAS DENTRO DE UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL E A INADEQUAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL NO ESTUDO DO DIREITO DE DANOS. **REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL**, RIO DE JANEIRO: PADMA, V. 52, P. 99-119, OUT- DEZ. 2012A.
- ELIAS, NORBERT. **A SOCIEDADE DOS INDIVÍDUOS**. JORGE ZAHAR EDITOR, RIO DE JANEIRO, 1994
- ESTEIN, ERNILDO. **CRÍTICA DA IDEOLOGIA E RACIONALIDADE**. PORTO ALEGRE: MOVIMENTO, 1986.
- EWALD, FRANÇOIS. **FOUCAULT, A NORMA E O DIREITO**. 2.ED. TRAD. A. F. CASCAIS. LISBOA: VEGA, 2000.
- FACHIN, LUIZ EDSON. **TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL**. 3. ED. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2012.
- FACHIN, LUIZ EDSON. APRESENTAÇÃO. IN: PIANOVSKI RUZYK, CARLOS EDUARDO. **INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL E LIBERDADE(S)**. RIO DE JANEIRO: GZ, 2011, P. VII-VIII.
- FACHIN, LUIZ EDSON. NEXO DE CAUSALIDADE COMO PILAR ESSENCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL. IN: FACHIN, LUIZ EDSON. **SOLUÇÕES PRÁTICAS DE DIREITO: PARECERES – CONTRATOS E RESPONSABILIDADE CIVIL**. SÃO PAULO: RT, 2011A, V.1, P. 357-391.
- FACHIN, LUIZ EDSON. A “RECONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. IN: FACHIN, LUIZ EDSON. **QUESTÕES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2008, P. 11-20.
- FACHIN, LUIZ EDSON. O FUTURO DO DIREITO E O DIREITO AO FUTURO. **REVISTA OABRJ**, V. 24, P. 261-

274, 2008A.

FERREIRA DA SILVA, LUIS RENATO. A NOÇÃO DE SINALAGMA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E PARA-CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA CAUSA. **TESE DE DOUTORADO** DEFENDIDA NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO EM 2001.

FERREYRA, ROBERTO A. VÁZQUES. **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS (ELEMENTOS)**. BUENOS AIRES: DEPALMA, 1993.

FONTES, ANDRÉ RICARDO CRUZ. OS FATORES DE ATRIBUIÇÃO NA RESPONSABILIDADE POR DANO. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO COMPARADO**, V. 16, P. 177-191, 1999.

FREUD, SIGMUND. **FREUD (1920-1923). PSICOLOGIA DAS MASSAS E ANÁLISE DO EU E OUTROS TEXTOS - OBRAS COMPLETAS VOLUME 15**. TRAD. PAULO CESAR DE SOUZA. SÃO PAULO: COMPANHIA DAS LETRAS, 2011.

GADAMER, HANS-GEORG. **O PROBLEMA DA CONSCIÊNCIA HISTÓRICA**. 3.ED. TRAD. PAULO CESAR DUQUE ESTRADA. RIO DE JANEIRO: FGV, 2006.

GALLO, PAOLLO. **PENE PRIVATE E RESPONSABILITÀ CIVILE**. MILÃO: DOTT. A. GIUFFRÈ, 1996.

GHERSI, CARLOS A. **TEORÍA GENERAL DE LA REPARACIÓN DE DAÑOS**. 3.ED. BUENOS AIRES: EDITORIAL ASTREA, 2003.

GHIRALDELLI JÚNIOR, PAULO. **RICHARD RORTY: A FILOSOFIA DO NOVO MUNDO EM BUSCA DE MUNDOS NOVOS**. PETRÓPOLIS (RJ): VOZES, 1999.

GOMES, ORLANDO. **A CRISE DO DIREITO**. SÃO PAULO: SARAIVA, 1955.

GOMES, ORLANDO. **CONTRATOS**. 26.ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2008.

GOMES, ORLANDO. **CONTRATOS**. 19.ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2007.

GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO CLAVERIA. **LA CAUSA DEL CONTRATO**. BOLOGNA: REAL COLÉGIO DE ESPAÑA, 1998.

GRAMSTRUP, ERIK FREDERICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA CLÁUSULA GERAL CODIFICADA E NOS MICROSSISTEMAS. IN: DELGADO, MÁRIO LUIZ; ALVES, JONES FIGUEIREDO (COORDS.). **QUESTÕES CONTROVERTIDAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL**. SÃO PAULO: EDITORA MÉTODO, 2006, V. 5, P. 125-140.

GRECO, LUÍS. INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA FUNCIONALISTA DO DELITO. EM COMEMORAÇÃO AOS TRINTA ANOS DE “POLÍTICA CRIMINAL E SISTEMA JURÍDICO-PENAL”, DE ROXIN. DISPONÍVEL EM: [HTTP://PT.SCRIBD.COM/DOC/56829036/ARTIGO-LUIS-GRECO](http://PT.SCRIBD.COM/DOC/56829036/ARTIGO-LUIS-GRECO). ACESSO EM 14ABR2013.

GUSTIN, MIRACY BARBOSA DE SOUSA; DIAS, MARIA TEREZA FONSECA. **(RE)PENSANDO A PESQUISA JURÍDICA**. 2. ED. BELO HORIZONTE: DEL REY, 2006.

HALÉVY, MARC. **A ERA DO CONHECIMENTO: PRINCÍPIOS E REFLEXÕES SOBRE A REVOLUÇÃO NOÉTICA NO SÉCULO XXI**. TRAD. ROBERTO LEAL. SÃO PAULO: UNESP, 2010.

HART, HERBERT; HONORÉ, TONY. **CAUSATION IN THE LAW**. 2. ED. OXFORD: CLARENDON PRESS, 2002.

HART, HERBERT. **O CONCEITO DE DIREITO**. TRAD. ANTÔNIO DE OLIVEIRA SETTE-CAMARA. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2012.

HEIDEGGER, MARTIN. **LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA FENOMENOLOGIA**. TRAD. JUAN JOSÉ GARCÍA NORRO. MADRID: TROTA, 2000.

HEIDEGGER, MARTIN. **SER E TEMPO**. TRAD. FAUSTO CASTILHO. PETRÓPOLIS: VOZES, 2012.

HEISENBERG, WERNER. **A PARTE E O TODO**. TRAD. VERA RIBEIRO. RIO DE JANEIRO: CONTRAPONTO, 1996.

HEISENBERG, WERNER. **FÍSICA E FILOSOFIA**. TRAD. JORGE LEAL FERREIRA. BRASÍLIA: EDITORA DA UNB, 1981.

HERKENHOFF, HENRIQUE GEAQUINTO. RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA. IN: TARTUCE, FLÁVIO; CASTILHO, RICARDO (COORD.). **DIREITO CIVIL: ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA GISELDA HIRONAKA**. SÃO PAULO: MÉTODO, 2006, P. 395-423.

HIRONAKA, GISELDA. RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA. IN: DELGADO, MÁRIO LUIZ; ALVES, JONES FIGUEIREDO (COORDS.). **QUESTÕES CONTROVERTIDAS NO NCC**. SÃO PAULO: MÉTODO, 2006, V. 5, P. 197-

HIRONAKA, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAIS. **RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA**. BELO HORIZONTE: DEL REY, 2005..

HOBBS, THOMAS. **ELEMENTS OF LAW: NATURAL AND POLITICS**. OXFORD: OXFORD UK, 2008.

HUENEMANN, CHARLIE. **RACIONALISMO**. TRAD. JAKUES A. WAINBERG. PETRÓPOLIS (RJ): VOZES, 2012.

HUME, DAVID **INVESTIGAÇÕES SOBRE O ENTENDIMENTO HUMANO E SOBRE OS PRINCÍPIOS DA MORAL**. SÃO PAULO: EDITORA UNESP, 2004.

HUME, DAVID. **INVESTIGAÇÃO ACERCA DO ENTENDIMENTO HUMANO**. TRAD. ANOAR ALEX. SÃO PAULO: NOVA CULTURAL, 1996 (OS PENSADORES).

ITURRASPE, JORGE MOSSET. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL PROYECTO ARGENTINO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO DE 1998. IN: FERNANDEZ, CARLOS LÓPEZ; CAUMONT, ARTURO; CAFFERA, GERARDO (COORD.). **ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL EN HOMENAJE AL PROFESOR JORGE GAMARRA**. MONTEVIDEO: FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA, 2001. P. 311-322.

ITURRASPE, JORGE MOSSET. **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. PARTE GENERAL**. BUENOS AIRES: RUBINZAL-CULZONI, 2004..

ITURRASPE, JORGE MOSSET. **RESPONSABILIDAD POR DAÑOS – TOMO IV – RESPONSABILIDADE COLECTIVA**. BUENOS AIRES: RUBINZAL-CULZONI, 1999.

JAKOBS, GÜNTHER. **DERECHO PENAL: PARTE GENERAL**. 2.ED. TRAD. JOAQUIN CUELLO CONTRERAS; JOSE LUIS SERRANO GONZALEZ DE MURILLO. MADRID: MARCIAL PONS, 1997.

JAKOBS, G. **A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL**. TRADUÇÃO DE ANDRÉ LUIS CALLEGARI. SÃO PAULO: RT, 2000.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. **TRATADO DE DERECHO PENAL**. TRAD. JOSÉ LUÍS MANZANARES SAMANIEGO. GRANADA: EDITORIAL COMARES, 1993..

JONAS, HANS. **O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE**. TRAD. MARIJANE LISBOA E LUIZ BARROS MONTEZ. RIO DE JANEIRO: CONTRAPONTO ED. PUC RIO, 2006.

JOSSERAND, LOUIS. **LES MOBILES DANS LES ACTES JURIDIQUES DU DROIT PRIVE**. PARIS: DALLOZ, 1928.

JUNG, CARL GUSTAV. **SINCRONICIDADE**. 12. ED. TRAD. DOM MATEUS RAMALHO ROCHA. PETRÓPOLIS: VOZES, 2004.

KANT, IMMANUEL. **CRÍTICA DA RAZÃO PURA**. TRAD. FERNANDO COSTA MATTOS. PETRÓPOLIS (RJ): VOZES, 2012.

KELSEN, HANS. **TEORIA PURA DO DIREITO**. TRAD. JOÃO BAPTISTA MACHADO. 7ª EDIÇÃO. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2006.

LARENZ, KARL. **DERECHO DE OBLIGACIONES**. TRAD. JAIME SANTOS BRIZ. MADRID: EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 1958, T. 1.

LARRAURI, HELENA. **LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**. BOGOTÁ: TEMIS, 1998.

LEMO, PATRÍCIA FAGA IGLECIAS. **RESÍDUOS E RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONSUMO**. 2.ED. SÃO PAULO: RT, 2012.

LEONARDO, RODRIGO XAVIER. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. **REVISTA DE DIREITO PRIVADO** (SÃO PAULO), V. 19, P. 260-269, 2004.

LEONARDO, RODRIGO XAVIER. **IMPOSIÇÃO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2004A.

LE TOURNEAU, PHILIPPE; CADIET, LOIC. **DROIT DE LA RESPONSABILITÉ. ACTION DALLOZ**. PARIS: DALLOZ, 1998.

LÉVINAS, EMMANUEL. **ENTRE NÓS: ENSAIOS SOBRE A ALTERIDADE**. 3ª ED. TRAD. PERGENTINO STEFANO PIVATTO ET AL. PETRÓPOLIS: VOZES, 2004.

LEVY, DANIEL DE ANDRADE. **RESPONSABILIDADE CIVIL: DE UM DIREITO DE DOS DANOS A UM DIREITO**

DE CONDUTAS LESIVAS. SÃO PAULO: ATLAS, 2012.

LIMA, ALVINO, **CULPA E RISCO.** 2 ED. SÃO PAULO: RT, 1999.

LIMA PEREIRA, GUSTAVO OLIVEIRA DE. **A PÁTRIA DOS SEM PÁTRIA: DIREITOS HUMANOS & ALTERIDADE.** PORTO ALEGRE: EDITORA UNIRITTER, 2011.

LIMA PEREIRA, GUSTAVO OLIVEIRA DE. RESENHA. **REVISTA FÓRUM DE DIREITO CIVIL - RFDC,** BELO HORIZONTE, ANO 1, N.1, P. 291-296, SET/DEZ, 2012.

LISZT, FRANZ VON. **TRATADO DE DERECHO PENAL.** TRAD. JIMÉNEZ ASÚA, MADRID: REUS, 1927, T. 2.

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO. **TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES.** 2.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011.

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO. TRANSFORMAÇÕES GERAIS DO CONTRATO. **REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL,** RIO DE JANEIRO: PADMA, V. 16, P.103-113, OUT- DEZ. 2003.

LÔBO, PAULO LUIZ NETTO. PREFÁCIO. IN: ALBUQUERQUE, FABIOLA SANTOS. **DIREITO DE PROPRIEDADE E MEIO AMBIENTE.** CURITIBA: JURUÁ, 1999.

LORENZETTI, RICARDO. **FUNDAMENTOS DE DIREITO PRIVADO.** SÃO PAULO: RT, 1998.

LORENZETTI, RICARDO LUIS. **TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.** TRAD. BRUNO MIRAGEM. NOTAS E REVISÃO CLAUDIA LIMA MARQUES. SÃO PAULO: RT, 2009.

LORENZETTI, RICARDO LUIS. **TEORIA GERAL DO DIREITO AMBIENTAL.** TRAD. FÁBIO COSTA MOROSINI E FERNANDA NUNES BARBOSA. SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2010.

LOURENÇO, PAULA MEIRA. **A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.** COIMBRA: COIMBRA EDITORA, 2006.

LUDWIG, CELSO LUIZ. **FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO.** IN: BARRETO, VICENTE DE PAULO (COORD.). **DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DO DIREITO.** SÃO LEOPOLDO: EDITORA UNISINOS, 2006, P. 326-333.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna.** 13ª edição. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editor, 2011.

MACEDO, SILVIO DE. CAUSA (DIREITO CIVIL I). IN: LIMONGI FRANÇA, RUBENS. **ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO.** SÃO PAULO: SARAIVA, 1977, V. 14, P. 23-34.

MARÍAS, JULIÁN. **HISTÓRIA DA FILOSOFIA.** TRAD. CLÁUDIA BERLINER. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2004.

MARCHEIS, CHIARA BESSO. PROBABILITÀ E PROVA: CONSIDERAZIONI SULLA STRUTURA DEL GIUDIZIO DI FATTO. **RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE,** ANNO 40, N. 4, P. 1119-1163, DIC. 1991.

MARQUES, CLAUDIA LIMA; MIRAGEM, BRUNO. **O NOVO DIREITO PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS.** SÃO PAULO: RT, 2012.

MARTINS-COSTA, JUDITH. DO INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES. IN: FIGUEIREDO TEIXEIRA, SALVIO DE (COORD.) **COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL.** RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2003, V. 5, T 2.

MARTINS-COSTA, JUDITH. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DEVER DE INFORMAR DO FABRICANTE SOBRE OS RISCOS DO TABAGISMO. **REVISTA DOS TRIBUNAIS,** SÃO PAULO, RT, N.º 812, P. 75-99, JUN./2003A.

MARTINS-COSTA, JUDITH. A TEORIA DA CAUSA EM PERSPECTIVA COMPARATISTA: A CAUSA NO SISTEMA FRANCÊS E NO SISTEMA CIVIL BRASILEIRO. **REVISTA DA AJURIS,** PORTO ALEGRE, N. 45, 1989, P. 213-244..

MARTON, G. **LES FUNDAMENTIS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.** PARIS: RECUEIL SIREY, 1938.

MATTOZZI, IGNACIO DE CUEVILLAS. **LA RELACIÓN DE CAUSALIDADES EM LA ÓRBITA DEL DERECHO DE DAÑOS.** VALENCIA: TIRANT LO BLANCH, 2000.

MAUTNER, THOMAS. **DICIONÁRIO DE FILOSOFIA.** TRAD. VICTOR GUERREIRO, SÉRGIO MIRANDA E DESIDÉRIO MURCHO. LISBOA: EDIÇÕES 70, 2011.

MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON. **TRAITÉ THE ORIQUEET PRATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE, DÉLICTELLE ET CONTRACTUELLE.** 3.ED. PARIS: 1938, T. 1.

MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON; TUNC, ANDRÉ. **TRATADO TEÓRICO Y PRACTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL.** TRAD. LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. BUENOS AIRES: EDICIONES JURÍDICAS EUROPA-AMÉRICA. 1961, V.2.

- MEDEIROS FONSECA, ARNOLDO. **CASO FORTUITO E TEORIA DA IMPREVISÃO**. 3.ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1958.
- MENEZES, LUIS CARLOS DE. **A MATÉRIA: UMA AVENTURA DO ESPÍRITO**. FUNDAMENTOS E FRONTEIRAS DO CONHECIMENTO FÍSICO. SÃO PAULO: EDITORA LIVRARIA DA FÍSICA, 2005.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÔNIO. **TRATADO DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS: DIREITO DAS OBRIGAÇÕES**. LISBOA: ALMEDINA, 2010, V. 2, T. 3.
- MILL, JOHN STUART. A SYSTEM OF LOGIC, RATIOCINATIVE AND INDUCTIVE, BEING A CONNECTED VIEW OF THE PRINCIPLES OF EVIDENCE, AND THE METHODS OF SCIENTIFIC INVESTIGATION. 18. ED. NEW YORK: HARPER & BROTHERS, 1882. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.GUTENBERG.ORG/FILES/27942/27942-PDF.PDF](http://www.gutenberg.org/files/27942/27942-pdf.pdf). ACESSO EM: 3 MAR.2013.
- MONTEIRO, JOÃO PAULO GOMES. VIDA E OBRA. IN: **HUME**. SÃO PAULO: NOVA CULTURAL, 1996 (OS PENSADORES).
- MONTENEGRO, ANTONIO LINDBERGH C. **RESSARCIMENTO DE DANOS PESSOAIS E MATERIAIS**. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2001.
- MORA, JOSÉ FERRATER. **DICIONÁRIO DE FILOSOFIA**. TRAD. ROBERTO LEAL FERREIRA E ÁLVARO CABRAL. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2001.
- MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. **DANOS À PESSOA HUMANA**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2003.
- MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. A CAUSA DOS CONTRATOS. **NA MEDIDA DA PESSOA HUMANA**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2010, P. 289-316.
- MORATO LEITE, JOSÉ RUBENS; CARVALHO, DÉLTON WINTER DE. O NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS. **REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL**, SÃO PAULO, ANO 12, N. 47, P. 76-95, JUL./SET.2007.
- MORATO LEITE, JOSÉ RUBENS; AYALA, PATRICK DE ARAÚJO. **DANO AMBIENTAL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO, EXTRAPATRIMONIAL**. 3 ED. SÃO PAULO: RT, 2010.
- MORIN, EDGAR. **O MÉTODO 5 – A HUMANIDADE DA HUMANIDADE – A IDENTIDADE HUMANA**. TRAD. JUREMIR MACHADO DA SILVA. 4.ED. PORTO ALEGRE: SULINA, 2007, P. 51-69.
- MORIN, EDGAR. **A CABEÇA BEM-FEITA: REPENSAR A REFORMA E REFORMAR O PENSAMENTO**. 19ª ED. TRAD. ELOÁ JACOBINA. RIO DE JANEIRO: BERTRAND BRASIL, 2011.
- MORIN, EDGAR. **Ciência com Consciência**. 14ª edição. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- MULHOLLAND, CAITLIN SAMPAIO. **A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE**. RIO DE JANEIRO: GZ, 2009.
- NALIN, PAULO. PRESUNÇÃO DE LUCROS CESSANTES. RIO DE JANEIRO: PADMA, **REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL**, ANO 1, V. 3, P. 3-14, JULHO-SETEMBRO 2000.
- NORONHA, FERNANDO. **DIREITO DAS OBRIGAÇÕES**. 3.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010.
- PAULA, CAROLINA BELLINI ARANTES DE. AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. IN: RODRIGUES JÚNIOR, OTAVIO LUIZ; MAMEDE, GLADSTON; ROCHA, MARIA VITAL DA (COORDS.). **RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA**. SÃO PAULO: ATLAS, 2011, P. 130-149.
- PEDREIRA DA SILVA, JULIANA. **CONTRATO SEM NEGÓCIO JURÍDICO**. SÃO PAULO: ATLAS, 2011.
- PENTEADO LUCIANO DE CAMARGO. **DOAÇÃO COM ENCARGO E CAUSA CONTRATUAL**. CAMPINAS (SP): MILLENNIUM, 2004.
- PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. RIO DE JANEIRO: GZ, 2012.
- PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL**. 19 ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1998, V.1.
- PEREIRA COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA. **O PROBLEMA DA CAUSALIDADE VIRTUAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL**. LISBOA: ALMEDINA, 1998.
- PERLINGIERI, PIETRO. **O DIREITO CIVIL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL**. TRADUÇÃO MARIA CRISTINA DE CICCIO. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2008.

- PESSANHA, JOSÉ AMÉRICO MOTTA. **ARISTÓTELES (COLEÇÃO PENSADORES)**. SÃO PAULO: NOVA CULTURAL, 1987, V. 1
- PESSOA JORGE, FERNANDO SANDY LOPES. **ENSAIO SOBRE OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE**. COIMBRA: ALMEDINA, 1999.
- PETEFFI DA SILVA, RAFAEL. **RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE**. 2. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2009.
- PIANOVSKI RUZYK, CARLOS EDUARDO. A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL DE LUIZ EDSON FACHIN E A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO. IN: FACHIN, LUIZ EDSON. **TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL**. 3. ED. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2012, P. XVII-XXV.
- PIANOVSKI RUZYK, CARLOS EDUARDO. **INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL E LIBERDADE(S)**. RIO DE JANEIRO: GZ, 2011.
- PIANOVSKI RUZYK, CARLOS EDUARDO. O “CASO DAS PÍLULAS DE FARINHA” COMO EXEMPLO DA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE UM “DIREITO DE DANOS” E DA VIOLAÇÃO DA LIBERDADE POSITIVA COMO “DANO À PESSOA”. IN: FRAZÃO, ANA; TEPEDINO, GUSTAVO. **O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO**. SÃO PAULO: RT, 2011A, P. 273-302.
- PIANOVSKI RUZYK, CARLOS EDUARDO. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS PRODUZIDOS NO CURSO DE ATIVIDADE ECONÔMICA E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O CRITÉRIO DO DANO INEFICIENTE. IN: DELGADO, MÁRIO LUIZ; ALVES, JONES FIGUEIREDO (COORDS). **QUESTÕES CONTROVERTIDAS NO NCC**. SÃO PAULO: MÉTODO, 2006, V. 5, P. 65-84.
- PIERI, PAOLO FRANCESCO. **DICIONÁRIO JUNGUIANO**. TRAD. IVO STORNILO. SÃO PAULO: PAULUS, 2002.
- PIRAGIBE DA FONSECA, MARIA GUADALUPE. **INICIAÇÃO À PESQUISA NO DIREITO**. RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2009.
- PIZA, ANTÔNIO F.R. DE TOLEDO. WERNER HEISENBERG: RENOVANDO O ENTENDIMENTO DA NATUREZA. IN: ALMEIDA, JORGE DE; BADER, WOLFGANG (ORGS.). **O PENSAMENTO ALEMÃO DO SÉCULO XX: GRANDES PROTAGONISTAS E RECEPÇÃO DAS OBRAS NO BRASIL**. SÃO PAULO: COSAC NAIFY, 2013, V.2, P. 281-323.
- PIZARRO, THIAGO RODRIGUES. A INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL COMO HIPÓTESE EXCLUDENTE DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. IN: HIRONAKA, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES; SIMÃO, JOSÉ FERNANDO (COORDS.) PORTO ALEGRE: MAGISTER, 2009, V.2, P. 457-483.
- POLKINGHORNE, JOHN. **TEORIA QUÂNTICA**. TRAD. IURI ABREU. PORTO ALEGRE: L&PM POCKET, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. SÃO PAULO: RT, 2012 (ATUALIZADO POR MARCOS BERNANDES DE MELLO E POR MARCOS EHRHARDT JÚNIOR), T. 3.
- PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO: PARTE ESPECIAL**. 2 ED. RIO DE JANEIRO: BORSOI, 1958, T. 23.
- PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. SÃO PAULO: RT, 2012 (ATUALIZADO POR RUI STOCO), T. 53.
- PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. SÃO PAULO: RT, 2012 (ATUALIZADO POR NELSON NERY JR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY), T. 22.
- PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. SÃO PAULO: RT, 2012 (ATUALIZADO POR OVÍDIO ROCHA BARROS SANDOVAL), T. 2.
- PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. **SISTEMA DE CIÊNCIA POSITIVA DO DIREITO: INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO**. 2. ED. RIO DE JANEIRO: BORSOI, 1972. T. 1.
- POPPER, KARL. A LÓGICA DA INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA. IN: MARICONDA, PABLO RUBÉN (ORG.). **MORITZ SCHLICK, RUDOLF CARNAP E KARL R. POPPER: COLETÂNEA DE TEXTOS**. SÃO PAULO: ABRIL, 1975. (COLEÇÃO OS PENSADORES).
- POTHIER, ROBERT J. **TRATADO DAS OBRIGAÇÕES**. TRAD. ADRIAN SOTERO DE WITT BATISTA E DOUGLAS DIAS FERREIRA. CAMPINAS: SERVND, 2002.
- PROSSER, WILLIAM; KEETON, W. PAGE. **ON TORTS**. 5.ED. ST. PAUL: WEST GROUP, 1984.
- PUGLIATTI, SALVATORE. **DIRITTO CIVILE: MÉTODO, TEORIA E PRÁTICA**. MILANO: GIUFFRÈ, 1951.

- REALE, MIGUEL. **ESTUDOS PRELIMINARES DO NOVO CÓDIGO CIVIL**. SÃO PAULO: RT, 2003
- REALMONTE, FRANCESCO. MILANO: **IL PROBLEMA DEL RAPPORTO DI CAUSALITÀ NEL RISARCIMENTO DE DANNO**. GIUFFRÉ, 1967.
- REPRESAS, TRIGO; MESA, LOPEZ. **TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**. BUENOS AIRES: LA LEY, 2004. T. 1.
- REPRESAS, TRIGO. **DOCTRINA - DAÑOS PUNITIVOS. DISPONÍVEL EM:** [HTTP://WWW.TARINGA.NET/POSTS/APUNTES-Y-MONOGRAFIAS/7348448/DOCTRINA-DANOS-PUNITIVOS-_TRIGO-REPRESAS_.HTML](http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7348448/DOCTRINA-DANOS-PUNITIVOS-_TRIGO-REPRESAS_.html). **ACESSO EM:** 14 DEZ.2012.
- RICARDO CUNHA, JOSÉ. DIREITO E COMPLEXIDADE. IN: BARRETO, VICENTE DE PAULO (COORD.). **DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DO DIREITO**. SÃO LEOPOLDO: EDITORA UNISINOS, 2006, p. 229-233.
- RIPERT, GEORGES. **A REGRA MORAL NAS OBRIGAÇÕES CIVIS**. TRAD. OSÓRIO DE OLIVEIRA. CAMPINAS: BOOKSELLER, 2002.
- RODRIGUES JÚNIOR, OTAVIO LUIZ. CAUSALIDADE, IMPUTAÇÃO OBJETIVA E NOVOS PARADIGMAS A DOGMÁTICA PENAL. **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, SÃO PAULO, RT, V. 849, P. 435-444, JULHO 2006.
- RORTY, RICHARD. DUAS PROFECIAS. **FOLHA DE SÃO PAULO**, CADERNO “MAIS”. 24/05/1998.
- ROSENVALD, NELSON. **AS FUNÇÕES PUNITIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. SÃO PAULO: ATLAS, 2013.
- ROTHBARD, MURRAY N. **A ÉTICA DA LIBERDADE**. 2.ED. SÃO PAULO: INSTITUTO LUDWIG VON MISES BRASIL, 2010.
- ROUANET, SÉRGIO PAULO. **MAL-ESTAR NA MODERNIDADE**. SÃO PAULO: COMPANHIA DAS LETRAS, 1993.
- ROXIN, CLAUS. **DERECHO PENAL: PARTE GENERAL**. 2.ED. TRAD. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA. MADRID: CIVITAS, 2001.
- ROXIN, CLAUS. **FUNCIONALISMO E IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL**. TRAD E INTRODUÇÃO LUÍS GRECO. 3.ED. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2002.
- RUGGIERO, ROBERTO. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL**. TRAD. ARY DOS SANTOS, ANTÔNIO CHAVES E FÁBIO DE MATTIA. 3.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 1973, V. 3.
- SAMPAIO DA CRUZ, GISELA. **O PROBLEMA DO NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2005.
- SAMPAIO DA CRUZ, GISELA. **LUCROS CESSANTES: DO BOM-SENSE AO POSTULADO NORMATIVO DA RAZOABILIDADE**. SÃO PAULO: RT, 2011.
- SANDEL, MICHAEL J. **JUSTIÇA: O QUE É FAZER A COISA CERTA**. TRAD. HELOISA MATIAS E MARIA ALICE MÁXIMO. RIO DE JANEIRO: CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, 2011.
- SANSEVERINO, PAULO DE TARSO VIEIRA. **PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL**. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010.
- SANTOS COELHO, NUNO MANUEL MORGADINHO. **DIREITO, FILOSOFIA E A HUMANIDADE COMO TAREFA**. CURITIBA: JURUÁ, 2012.
- SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos. Pessoa, Igualdade (Isogoria) e controvérsia. Notas sobre o sentido da ideia de direito, (co)fundadora da experiência civilizacional ocidental. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Ano XXIII, n. 25, p. 183-192, jul/dez. 2007.
- SARAMAGO, JOSÉ. **ESTE MUNDO DA INJUSTIÇA GLOBALIZADA: TEXTO LIDO NA CERIMÔNIA DE ENCERRAMENTO DO FÓRUM SOCIAL MUNDIAL 2002**. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.DOMINIOPUBLICO.GOV.BR/PESQUISA/DETALHEOBRAFORM.DO?SELECT_ACTION=&CO_OBRA=2913](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/detalheobraform.do?select_action=&co_obra=2913). **ACESSO EM:** 30 DE JULHO 2012.
- SCHLICK, MORITZ. A CAUSALIDADE NA FÍSICA ATUAL. IN: MARICONDA, PABLO RUBÉN (ORG.). **MORITZ SCHLICK, RUDOLF CARNAP E KARL R. POPPER: COLETÂNEA DE TEXTOS**. SÃO PAULO: ABRIL, 1975. (COLEÇÃO OS PENSADORES).
- SCHREIBER, ANDERSON. **NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. 5. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2013.

SCRAMIM, SUSANA; HONESKO, VINÍCIUS NICASTRO. APRESENTAÇÃO. AGAMBEN, GIORGIO. **O QUE É CONTEMPORÂNEO? E OUTROS ENSAIOS**. TRAD. VINÍCIUS NICASTRO HONESKO. ARGOS: CHAPECÓ, 2010, P. 7-22.

SENISE LISBOA, ROBERTO. **RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**. 2.ED. SÃO PAULO: RT, 2006.

SERPA LOPES, MIGUEL MARIA. **CURSO DE DIREITO CIVIL**. 6.ED. RIO DE JANEIRO: FREITAS BASTOS, 1988, V. 1.

SILVA, JORGE CESA FERREIRA DA. INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES. IN: REALE, MIGUEL; MARTINS-COSTA, JUDITH (COORDS). **BIBLIOTECA DE DIREITO CIVIL ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR MIGUEL REALE**. SÃO PAULO: RT, 2007, V. 7.

SINDE MONTEIRO, JORGE FERREIRA. SOBRE UMA EVENTUAL DEFINIÇÃO DA CAUSALIDADE NOS PROJETOS NACIONAIS EUROPEUS DE REFORMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SÃO PAULO: RT, **REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR**, ANO 20, P. 161-188, ABRIL-JUNHO 2011.

SOLER, SEBASTIAN. **DERECHO PENAL ARGENTINO**. BUENOS AIRES: TEA, 1963, T. 1.

STOCO, RUI. **TRATADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL**. 7.ED. SÃO PAULO: RT, 2007.

STOLFI. **TEORIA DEL NEGOZIO GIURIDICO**, PADOVA, 1947.

STOLZE GAGLIANO, PABLO E PAMPLONA FILHO, RODOLFO. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL**. SÃO PAULO: SARAIVA, 2002, V.3.

STOLZE GAGLIANO, PABLO E PAMPLONA FILHO, RODOLFO. 9.ED. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL**. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007, V.1.

STRECK, LENIO LUIZ. **VERDADE E CONSENSO**. 4.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011.

STRECK, LENIO LUIZ. **O QUE É ISTO – DECIDO CONFORME MINHA CONSCIÊNCIA?** PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2010.

TALEB, NASSIM NICOLAS. **LÓGICA DO CINE NEGRO: O IMPACTO DO ALTAMENTE IMPROVÁVEL**. 6.ED. TRAD. MARCELO SCHILD. BEST SELLER: 2008.

TAPINOS, DAPHNÉ. **PRÉVETION, PRÉCAUTION ET RESPONSABILITÉ CIVILE: RISQUE AVÈRE, RISQUESUSPÉCTÉ ET TRANSFORMATION DU PARADIGME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE**. PARIS: L' HARMATTAN, 2008.

TARTUCE, FLÁVIO. **DIREITO CIVIL**. 8ª ED. SÃO PAULO: MÉTODO, 2013, V.2.

TARTUCE, FLÁVIO. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E RISCO: A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE**. SÃO PAULO: MÉTODO, 2011, V.10, (COLEÇÃO PROFESSOR RUBENS LIMONGI FRANÇA).

TARTUCE, FLAVIO; NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. **MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR**. 2.ED. SÃO PAULO: MÉTODO, 2013.

TEPEDINO, GUSTAVO. O NEXO DE CAUSALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IN: FRAZÃO, ANA; TEPEDINO, GUSTAVO. **O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO**. SÃO PAULO: RT, 2011, P. 453-489.

TEPEDINO, GUSTAVO; BARBOZA, HELOÍSA HELENA; BODIN DE MORAES, MARIA CELINA. **CÓDIGO CIVIL INTERPRETADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**. 2.ED. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, V.1.

TEPEDINO, GUSTAVO; BARBOZA, HELOÍSA HELENA; BODIN DE MORAES, MARIA CELINA. **CÓDIGO CIVIL INTERPRETADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006A, V.2.

TEPEDINO, GUSTAVO; SCHREIBER, ANDERSON. AS PENAS PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO. IN: SARMENTO, DANIEL; GLADINO, FLÁVIO (ORGS.): **DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR RICARDO LÔBO TORRES**. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 499-525.

TEPEDINO, GUSTAVO. NOTAS SOBRE O NEXO DE CAUSALIDADE. **REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL**. RIO DE JANEIRO: PADMA, V.6, P. 3-19, ABR/JUN.2001.

TIMM DE SOUZA, RICARDO. **JUSTIÇA EM TERMOS**. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2010.

TIMM DE SOUZA, RICARDO. JUSTIÇA, LIBERDADE E ALTERIDADE ÉTICA. IN: OLIVEIRA, NYTHAMAR

- TRABUCCHI, ALBERTO; CIAN, GIORGIO. **COMMENTARIO BREVE AL CODICE CIVILE**. 6.ED. PADOVA: CEDAM, 2002.
- TRABUCCHI, ALBERTO. **ISTITUZIONI DI DIRITTO CIVILE**. 27 ED. PADOVA: CEDAM, 1985.
- TRIMARCHI, PIETRO. **CAUSALITÀ E DANNO**. MILANO: GIUFFRÈ EDITORE, 1967.
- TUNC, ANDRÉ; MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON. **TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL**. 5.ED. TRAD. LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, BUENOS AIRES: EDICIONES JURÍDICAS EUROPA-AMÉRICA, 1963, V. 2, T.2.
- ULHÔA CANTO, GILBERTO DE. CAUSA DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS. IN: CARVALHO SANTOS, J.M. **REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO DO DIREITO BRASILEIRO**. RIO DE JANEIRO: BORSOI, 1947, V. 8, P. 2-25.
- VARELA, JOSÉ DE MATOS ANTUNES. **DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL**. 10 ED. LISBOA: ALMEDINA, 2005, V.1.
- VERONESE, ALEXANDRE. OS CONCEITOS DE SISTEMA JURÍDICO E DE DIREITO “EM REDE”: ANÁLISE SOCIOLÓGICA E DA TEORIA DO DIREITO. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFF**, V.5, 2001, P. 131-149.
- VIDAL, HÉLIO SIMÕES. AINDA E SEMPRE O NEXO CAUSAL. **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, SÃO PAULO, ANO 96, V. 860, P. 485-509, JUN. 2007.
- VIEIRA, PATRÍCIA RIBEIRO SERRA. **A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO DE DANOS**. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2005.
- VIEIRA NETO, J. R. **O RISCO E A IMPREVISÃO: DUAS TENDÊNCIAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. CURITIBA: JURUÁ, 1989.
- VILANOVA, LOURIVAL. **CAUSALIDADE E RELAÇÃO NO DIREITO**. 4.ED. SÃO PAULO: RT, 2000.
- VILLELA, JOÃO BAPTISTA. PARA ALÉM DO LUCRO E DO DANO: EFEITOS SOCIAIS BENÉFICOS DO RISCO – **REPERTÓRIO IOB DE JURISPRUDÊNCIA**, SÃO PAULO, Nº 22/91, 2ª QUINZ., NOV.1991, CAD. 3:490-499.
- VILLAÇA AZEVEDO, ÁLVARO DE. **TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES. RESPONSABILIDADE CIVIL**. 10. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2004.
- VINEY, GENEVIÈVE. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO. IN: BERMANN; GEORGE A.; PICARD, ETIENNE (ORGS.). **INTRODUÇÃO AO DIREITO FRANCÊS**. TRAD. TERESA DIAS CARNEIRO. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2011, P. 279-307.
- VINEY, GENEVIÈVE. **TRATADO DE DERECHO CIVIL: INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD**. TRAD. FERNANDO MONTOYA MATEUS. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2007.
- VINEY, GENEVIÈVE; JOURDAIN, PATRICE. **TRAITÉ DE DROIT CIVIL**. 2 ED. PARIS: L.G.D.J., 1998, V. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ.
- VITA NETO, JOSÉ VIRGÍLIO. A ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. **TESE DE DOUTORADO** DEFENDIDA NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO EM 2007.
- WIEACKER, FRANZ. **HISTÓRIA DO DIREITO PRIVADO MODERNO**. TRAD. ANTONIO MANUEL HESPANHA. 2.ED. LISBOA: CALOUSTE GULBENKIAN, 1993.
- WILLIAMS, JAMES. **PÓS-ESTRUTURALISMO**. TRAD. CAIO LIUDVIG. PETRÓPOLIS (RJ): VOZES, 2012.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. **INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO JURÍDICO CRÍTICO**. 9.ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2006.

